Die Haftpflicht des Ärztes.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Erich Bornmann
aus Köln a. Rh.
Referendar am Amtsgericht zu Bielefeld.

Approbiert am 27. Februar 1928.

Wiedenbrück
Buchdruckerei Wilhelm Hanhardt
1928

Die Haftpflicht des Arztes.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Erich Bornmann
aus Köln a. Rh.
Referendar am Amtsgericht zu Bielefeld.

Approbiert am 27. Februar 1928.

Wiedenbrück
Buchdruckerei Wilhelm Hanhardt
1928

Referent: Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

2. Kapitel: Umfang der Haftung.

II. Teil.

Die Haftpflicht des Arztes für seine Hilfspersonen.

III. Teil.

Die Haftpflicht des Arztes als Leiter einer öffentlichen Anstalt.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht = A. B. R.

" für zivilistische Praxis = A. Z. P.

Aerztliche Sachverständigen Zeitung 1896.

Aßmann Die Rechtsstellung des Boten. 1906.

v. Bar Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. Ger. S. Bd. 60. S. 81.

Behr Medizin & Strafrecht. Ger. S. Bd. 62. S. 400.

Berliner Aerztekorrespondenz.

Biermann in Iherings Jahrb. Bd. 22. S. 307/9.

v. Blume im „Recht" 1905. S. 481.

Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 53. S. 224.

Brückmann Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe in Z. f. d. g. Str. Bd. 24. S. 657.

Cosack Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. 1903.

Crome System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902 in D.J.Z. 1904 S. 14.

Delius im „Recht" 1920. S. 33.

Dernburg in D. J. Z. 1903. S. 1—5.
Recht der Schuldverhältnisse 1. Abt. 2. Auflage.

Detmold Der Begriff des Schutzgesetzes, Festschrift der Göttinger Jur. Fak. f. Regelsberger 1901.

Deutsche Juristenzeitung = D. J. Z.

Dohna, Graf zu Die Rechtswidrigkeit als gemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.

Düringer Hachenburg Das H. G. B. auf der Grundlage des BGB. erläutert. II. 2. Auflage.

Ebermeyer Arzt und Patient in der Rechtssprechung. 1925.
Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler. 1918.

Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd.

Enneccerus Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd. 2. T.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = E. RG. Z.

" des Reichsgerichts in Strafsachen = E. RG. Str.

" der Oberlandesgerichte = EOLG.

Ernst Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB. im A. Z. P. Bd. 96. S. 440.

Fischer Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.

Fischer Hans Alb. Die Rechtswidrigkeit. 1911.

Fischer, Otto Chr. Verletzung des Gläubigerrechts.

Flügge Das Recht des Arztes. 1903.

Frank Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches.

Fromherz Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld, im A. Z. P. 1912. Bd. 108. S. 475.

Fromme Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für sich und seine Hilfspersonen; in der Berl. Klinik 1905. 17. Jahrg. Heft 201.

Galli Unter welchem Gesichtspunkt usw. im „Recht" 1905. S. 127.

Gareis Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Gerichtssaal = Ger. S.

Gierke Deutsches Privatrecht 1. Bd. 1895.

Goette in Berl. Medizin. Wochenschrit 1899. S. 978.

Goltdammer's Archiv = Goltd. Arch.

Goldmann-Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Auflage.

Gottschalk Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts = Gruchot

Hamm Operative Eingriffe in D. J. Z. 1907. Bd. 12. S. 447.

Hammer Aerzliche Eingriffe in den menschlichen Körper vom bürgerlich-rechtlichen Standpunkt aus. 1915.

Hellwig Anspruch und Klagrecht. 1900.
System des deutchen Zivilprozeßrechtes. 1. Teil. 1912.
in J. W. 1905. S. 357.

Hoeninger Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.

Honig Die Einwilligung des Verletzten. 1. Bd. 1919.

Jacubetzky Bemerkungen zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich 1892.

Jebens im Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 27. S. 1 ff.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des deutschen Rechts = Iher. Jahrb.

Joachim-Korn Deutsches Aerzterecht. 1. Bd. 1911.

Isay Die Geschäftsführung nach dem BGB. 1900.

Juristische Wochenschrift = J. W.

Kipp in D. J. Z. 1903. S. 254.

Klamroth Die ärztliche Operation unter spezieller Betrachtung der Operation an Bewußtlosen nach dem BGB. 1913.

Kohler Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Krückmann Institutionen des Bürgerl. Gesetzbuches. 4. Aufl.
in Iherings Jahrbüchern Bd. 52. S. 440 ff. Unmöglichkeit rc.

Kuhlenbeck in J. W. 1905. S. 513.

Kühner Straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes. 1909.

Kühner, A. in Sammlung klinischer Vorträge 1909. S. 559/60, S. 176.

Kühner Acht Thesen betr. die rechtliche Verantwortlichkeit des Arztes.

Kutner Aerztliche Rechtskunde. 12 Vorträge. 1907.

Leipziger Zeitschrift = L. Z.

Lent Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung. 1909.
Die Gesetzeskonkurrenz. 2 Bde.

Linckelmann Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. 1898

Lindemann-Sörgel Komm. zum BGB. 2. Auflage. 1921.

v. Liszt Die Deliktsobligation im System des BGB. 1898.
Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht. 1889.
Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 23. Aufl.

Lotmar Der Arbeitsvertrag 1. und 2. Bd. 1902.

Meyer Th. Das ärztliche Vertragsverhältnis. 1905.

Meyer-Allfeld Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1912.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. = Mot.

Müller im „Recht" 1922. Nr. 22.

Müller-Erzbach in D. J. Z. 1904 S. 1158.

Oertmann Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse. Aufl. 1910.

Olshausen Komm. zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl.

Oppenheim Das ärztliche Recht zu den körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. 1892.

Planck Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2. Bd. 1/2 & 3. Aufl.

Preußisches Verwaltungsblatt = Preuß. Verw. Bl.

Protokolle für die 1. und 2. Lesung des Entwurfs des BGB. 2. Bd. = Prot.

Rabel Die Haftpflicht des Arztes. 1904.

Das Recht Rundschau für den deutschen Juristenstand = Recht

Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 48. S. 453.

Rehbein Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen 1. Bd. Allgemeiner Teil. 1903.

Reichsgerichtsräte Komm. zum BGB. 1910.

Riezler Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.

Rosenberg in Ger. S. Bd. 62. S. 62. Strafbare Heilungen.

Rosin Das Recht der Arbeiterversicherung 1. & 2. Bd. 1893.

Rümelin, Gustav Dienst- und Werkvertrag. 1905.

Rümelin, Max Haftung im klinischen Betrieb. 1913.

Savigny System des römischen Rechts. 1840.

Schöller in Gruchot Bd. 46. S. 26.

Schütze Das Operationsrecht des Arztes mit besonderer Berücksichtigung des Falles der Bewußtlosigkeit des Patienten. 1911.

Seuffert's Archiv Blätter für Rechtsanwenduug = Seuff. Arch.

Siber zu Planck. 2. S. 182.

Sörgel Rechtssprechung des Reichsgerichts.

Staub Komm. zum HGB. 6/7. Aufl.
Die positiven Vertragsverletzungen. 1904.

Staudinger Komm. zum BGB. 7/8. Aufl. 1912.

v. Stengel Die Haftung des Staates für den durch seine Beamten und Organe Dritten zugefügten Schaden. (Annalen des Deutschen Reiches. 1901. S. 481.)

Stooß Chirurgische Operationen. 1898.

Träger Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen.

Wendt im A. Z. P. Bd. 87. S. 422.

Werner im „Recht" 1902. S. 476 ff. und 1903. S. 308.

Zitelmann Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. 1908.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft — Z. f. d. g. Str.

§ 1.

Einleitung.

Die ärztliche Behandlung bezweckt Heilung des kranken Organismus. Die Geschichte der Medizin beweist, wie diese Aufgabe überall und zu allen Zeiten die Menschheit zu regstem Eifer angespornt hat. Das Bedürfnis der Leidenden nach Hilfe war eben so groß, wie der wissenschaftliche Trieb, das Geheimnis des lebenden Organismus in gesunden und kranken Tagen zu ergründen. Neben Zauberei und Geheimniskrämerei herrschten phantastische Theorien und Ideen überall und solange, als nicht streng wissenschaftliche Methoden den Suchenden den Weg zu positiven Kenntnissen bahnten. So dürfen uns z. B. die nicht ganz unbeträchtlichen anatomischen Kenntnisse und die sachgemäße Wundbehandlung, die wir in Homers Ilias finden, nicht darüber hinweg täuschen, daß die Heilkunst selbst bei einem so hoch entwickelten Volke wie den Griechen, unbeschadet der Verdienste und Kenntnisse eines Demokrit oder eines Alkmäon von Kroton, anfangs ein Tummelplatz des schwärzesten Aberglaubens gewesen und in manchen Kreisen wohl immer geblieben ist. Letzteres umsomehr, da nicht bloß Quacksalber und Wundermänner die Kranken mit ihren Beschwörungen und Sympathiemitteln heimsuchten, sondern auch die Priester des Asklepios den Gläubigen ihre Heilstätten öffneten, wo durch Traumorakel die erstaunlichsten Wunderkuren gelangen. Aehnlich ist es nach den Darstellungen der Missionsberichte noch heute bei vielen Eingeborenen fremder Kontinente. Daß hierbei, soweit wirkliche Heilungen vorkommen, die Suggestion, die felsenfeste Ueberzeugung, das angewandte Mittel müsse und werde unter allen Umständen helfen, die Hauptrolle spielt, ist selbstverständlich. Auch moderne Aerzte wissen von dieser tatsächlichen Wirkung oft seltsame Dinge zu berichten.

Positive Kenntnisse über den Organismus bekam man erst, als es Mitte des 16. Jahrhunderts gestattet war, Leichenöffnungen vorzunehmen und einen Einblick in den Bau des toten Körpers zu tun. Trotzdem bleibt der menschliche wie der tierische Organismus den Aerzten ein unergründbares Gebiet, dessen Behandlung selbst in nach menschlichem Ermessen harmlosen Fällen überaus schwierig ist und Anlaß zu vielen Komplikationen geben kann. Die Sache ist also nicht so einfach, wie sie Mephisto seinem Schüler darstellt. Dazu kommt, daß der Erfolg einer ärztlichen Behandlung von allerlei Umständen abhängig ist, die zu meistern nicht allein in der Hand der Menschen liegt, so daß auch heute noch recht oft gerade das Gegenteil von dem eintritt, was Arzt und Patient beabsichtigen.

Da eben ein Mißgeschick in einer ärztlichen Behandlung entweder auf höhere Gewalt oder auf die schlechte Behandlung des Arztes selbst zurückzuführen ist, hat man schon früh [1]) für jeden einzelnen Fall fest-

[1]) Rabel S. 73.

zustellen versucht, ob ein Mißerfolg der ärztlichen Behandlung durch ein Eingreifen höherer Naturgewalten oder durch schlechte und fehlerhafte Behandlung des Arztes, für die dieser evtl. zu haften habe, verursacht ist.

Wie weit nun der Arzt aus einer von ihm vorgenommenen Behandlung haftet, kann sowohl im Sinne des Strafrechtes (Strafbarkeit wegen Körperverletzung) als auch des Zivilrechtes entschieden werden. Im letzteren Falle, der Gegenstand unserer Betrachtung sein soll, haben wir die Frage zu beantworten: Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ist der Arzt zum „Schadenersatz" verpflichtet?

I. Teil.

Der Arzt in Ausübung seiner eigenen Praxis.

1. Voraussetzungen der Haftung.

A. Die Haftpflicht des Arztes aus einem Vertrag.

§ 2.

Die bestehenden Ansichten über Wesen und Art des Vertrages zwischen dem Arzt und seinen Patienten.

Die Ansprüche, die ein Patient gegen seinen Arzt geltend machen könnte, sind Schadensersatzansprüche, die sich

1. auf Vertrag,
2. auf Geschäftsführung ohne Auftrag,
3. auf unerlaubte Handlungen

stützen können.

Voraussetzung für die vertragliche Haftung ist, daß überhaupt zwischen dem Arzt und dem Patienten ein Vertrag geschlossen ist. Ein Vertrag des Arztes mit einem Dritten über einen Patienten genügt nur, wenn dieser Dritte eine bestimmte Macht über den Kranken, sei es, daß dieser minderjährig, sei es, daß er entmündigt ist, hat. [1]) Ein Vertrag kommt zustande durch die Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen, die sich auf die Herbeiführung des gemeinsamen Gewollten und sie als gegenüberstehende Parteien verbindenden Rechtserfolges bezieht. [2])

Es ergibt sich nun die Frage: In welchem Augenblick kommt der Vertrag zwischen dem Arzt und seinem Patienten zustande? Vorbedingung des Vertrages ist der Vertragsantrag. Erst mit der Annahme des Antrages haben wir es mit einem Vertrage zu tun. Um nun zu bestimmen, in welchem Augenblick der Vertrag zustande gekommen ist, ist zunächst die Frage zu beantworten: Wer macht den Antrag zum Vertrage?

Hier stehen sich zwei Meinungen gegenüber; Biermann [3]) und Staudinger [4]) nehmen in der Anzeige und in der Bekanntmachung des Unternehmers, sei es also durch ein Schild am Hause mit der Bezeichnung „Prakt. Arzt" oder „Spezialarzt", sei es durch Bekanntgabe seiner Niederlassung in der Zeitung, bindende Offerten an. Nach dieser Ansicht besteht für den Arzt ein Kontrahierungszwang, weil jeder Mensch die Offerte annehmen und die Leistung verlangen kann. Nach der herrschenden und in den meisten Lehrbüchern und Kommentaren vertretenen, m. E. richtigen Meinung bedeutet die öffentliche Bekanntmachung des Arztes nur eine Aufforderung an das Publikum, ihn zu konsultieren, mit anderen Worten ihm, dem Arzt, Offerten für den abzuschließenden Vertrag zu machen. Selbstverständlich bedarf diese Offerte seitens des Publikums keiner ausdrücklichen Erklärung oder irgend einer besonderen Form. Der Eintritt

[1]) Näheres siehe Ebermeyer S. 2; Zitelmann S. 7; Fromme S. 5/6; Meyer S. 8.
[2]) S. Endemann 1. Band S. 318.
[3]) Biermann in Iherings Jahrb. Bd. 22. S. 307/9 ff.
[4]) Staudinger § 145. Nr. 5.

des Patienten in das Sprechzimmer mit der Bitte um Rat oder Untersuchung und die Ausführung dieser Bitte genügt, um stillschweigend einen Vertragsschluß zu begründen. Es steht natürlich in diesem Falle dem Arzt im Gegensatz zu der oben angeführten Meinung frei, das vom Kontrahenten gestellte Verlangen nach ärztlicher Behandlung — also den Antrag gemäß § 145 B. G. B. — anzunehmen oder abzulehnen. Dem entspricht auch § 144. II. Gew. O., der die früher bestehenden Spezialbestimmungen für die Aerzte, wonach diese durch Androhung von Strafen zur Behandlung gezwungen werden konnten, aufgehoben hat.[1]) (vgl. § 360. Ziff. 10. St. G. B.)

Es muß nun der Charakter des Vertrages geprüft werden, da sich danach die Folgen gestalten.

Von Staudinger[2]) wird die Möglichkeit, den Vertrag zwischen dem Arzt und seinem Patienten unter eine der bestehenden Vertragstypen zu subsumieren, bestritten und die Ansicht vertreten, es handle sich um einen contractus sui generis. Er kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der Erwägung, daß 1. der Arzt keineswegs den Weisungen des Patienten im Sinne eines Dienstverhältnisses folgen muß, und weil 2. auch das Ergebenheitsmoment beim Arzt nicht zutrifft. Ad. 1 ist mit Fromme[3]) zu sagen, „daß der Ausdruck Dienstvertrag weder besonders nach der gemeinüblichen Bedeutung des Wortes hin betont werden noch deshalb mit einem Makel der Unwürdigkeit behaftet erscheinen darf". Gegenstand des Dienstvertrages können nicht nur körperliche, sondern ebenso gut auch geistige, höhere Dienste sein. Ad. 2: Von einem Ergebenheitsmoment kann beim Arzt keine Rede sein, da er ja garnicht in der Lage ist, blindlings den Anweisungen seines Patienten zu folgen, sondern seine Dienste nach bestem Wissen und Gewissen dem Patienten zur Verfügung stellen will und muß. Der Arzt darf sich nicht nur den Wünschen des Kranken blindlings unterwerfen, sondern er kann von seinem Patienten sogar verlangen, daß dieser sich seinen Anordnungen fügt, andernfalls er die Pflicht hat, die vom Patienten geforderte unsachgemäße Behandlung abzulehnen d. h. vom Vertrage zurückzutreten gemäß § 826 B. G. B.[4])

In Frage kommen die Arbeitsverträge: Auftrag, Dienst- und Werkvertrag.[5]) Auf den Auftrag, der stets unentgeltlich ist, will ich nicht eingehen, da eine unentgeltliche ärztliche Behandlung kaum und auch dann nur unter ganz besonderen, außergewöhnlichen Begleiterscheinungen vorkommt. Es sind also nur die Werk- und Dienstverträge im Hinblick auf die ärztliche Behandlung näher zu betrachten.

Der Unterschied zwischen beiden ist etwas schwierig,[6]) da bestritten ist, welches die wesentlichen Merkmale dieser beiden Verträge sind. G. Rümelin[7]) erblickt den Unterschied zwischen ihnen in der Gefahr-

[1]) Vgl. dazu Riezler S. 97. Näheres Theod. Meyer bes. Ebermeyer: Arzt und Patient. S. 10/11 ff.; Flügge S. 23/24.
[2]) Staudinger. Vorbem. z. Dienstvertrag IV. 1. b.
[3]) Fromme S. 2.
[4]) Vgl. dazu E. OLG. Colmar im 33. Band S. 329.
[5]) Mäklervertrag und Auslobung kommen wegen ihres Inhaltes nicht in Betracht.
[6]) Mot. II. S. 471 ff.
[7]) Rümelin: Dienst- und Werkvertrag S. 16.

tragung; er hält die sprachlichen Ausdrücke dieser beiden Verträge für zu unklar, als daß er daraus eine Unterscheidung in Dienstleistung und Erfolg vornehmen könne. Ich halte jedoch mit Kuhlenbeck [1]) und Krückmann [2]) die Ausdrücke in §§ 611, 631 BGB. für so allgemein verständlich, daß man unter Dienstvertrag die entgeltliche Uebernahme der Verpflichtung zur Leistung von Diensten, und unter Werkvertrag die Verpflichtung von Diensten derart, daß der Erfolg eintreten werde, verstehen kann. Während es also beim Dienstvertrag auf die Tätigkeit selbst ankommt, ist beim Werkvertrag das Ergebnis der Arbeit, der Erfolg, die Hauptsache. [3]) Der Dienstvertrag würde § 611 in Verb. mit § 323 BGB. zufolge den Patienten auch bei Erfolglosigkeit der Dienste, also auch dann, wenn die Gesundheit nicht wieder hergestellt wäre, zur Zahlung der Vergütung verpflichten, während der Werkvertrag von dem Arzt die Wiederherstellung der Gesundheit, also Heilung, und dann erst von dem Patienten Entrichtung des Honoraranspruches verlangen würde.

§ 3.

Begründung meiner Ansicht.

Im allgemeinen geht man wohl nicht fehl in der Annahme, daß ein Arzt nicht daran denkt, einen Vertrag im Sinne eines Werkvertrages zu schließen, hängt doch sein Erfolg in hohem Maße von den dunklen Kräften der Natur ab. Er denkt garnicht daran, für den Erfolg seiner Behandlung zu garantieren, er will nur seine Dienste anbieten, indem er sich dabei wohl bewußt ist, daß in jedem Augenblick höhere Kräfte seine ganzen Arbeiten und Berechnungen sowohl auf diagnostischem als auch auf therapeutischem Gebiet vernichten können. Für die allgemeinen Fälle der ärztlichen Praxis nimmt das wohl z. Zt. auch die h. M. und die Praxis an, nicht dagegen für operative Eingriffe [4]), m. E. mit Unrecht; bei einem operativen Eingriff kann und will der Arzt ebenso wenig für den Erfolg d. h. den günstigen Ausgang der Operation haften wie sonst in seiner Praxis. Es ist m. E. absolut nicht angängig in diesem Falle [5]) dem Wort „Erfolg" eine solch ungewöhnliche Bedeutung beizulegen wie Fromme [6]) das tut, wenn er sagt: Natürlich ist „unter dem Worte Erfolg, soweit der Arzt in Frage kommt nicht etwa nur der günstige Erfolg zu verstehen, es wird vielmehr lediglich die sachgemäße, den Regeln der Wissenschaft entsprechende Durchführung und Beendigung der Dienste vorausgesetzt".

Mir scheint diese Auslegung reichlich gekünstelt. Wenn mir ein Arzt den Erfolg einer Operation verspricht, ist es selbstverständlich, daß er wie ich nur den günstigen Ausgang der Operation im Auge hat; denn bei

[1]) Kuhlenbeck in J. W. 1905. S. 513.

[2]) Krückmann, Institutionen. S. 199.

[3]) Vgl. dazu Enneccerus 1. Bd. 2. Teil § 365. I. 1; Planck, Vorbem. VIII zu § 611; Kuhlenbeck in J. W. 1905. S. 513; Endemann Bd. 1. § 174. I. 1; Cosack 1. Bd. § 147. I. II; Riezler S. 30; Mot. S. 471.

[4]) Vgl. J. W. 1915. S. 819.

[5]) Planck. BGB. II. S. 368; Goette: Berl. Klin. Wochenschrift 36, S. 978; vgl. dazu auch Riezler S. 46; ähnlich Th. Meyer S. 36.

[6]) Fromme S. 3.

einem ungünstigen Ausgang kann man eher von allem anderen als gerade von einer „erfolg"reichen Operation reden. Wenn er mir dagegen nur sachgemäße und gründliche Durchführung der Operationsarbeiten verspricht, halte ich einen Werkvertrag, bei dem es eben nur auf den Erfolg ankommt, für ausgeschlossen. Im übrigen würden bei dieser Auslegung die Unterscheidungsmerkmale zwischen Dienst- und Werkvertrag völlig verblassen, sodaß sie aus diesem Grunde schon nicht haltbar ist. Ich halte daher die Auslegung des Wortes Erfolg in dem Sinne wie Fromme und mit ihm die h. M. dieses tut für viel zu unsicher. Wollte man dieser Auffassung folgen, dann würde man gar bald keinen klaren Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag mehr machen können. Daß wir es bei einem Vertrage, der eine Operation betrifft, mit einem typischen Dienstvertrage zu tun haben, bei dem es lediglich auf die „Arbeit selbst" ankommt, ergibt sich auch schon aus den Worten im § 611 „Leistung versprochener Dienste" was doch nichts anderes bedeutet, als daß die Arbeiten und Dienste sachgemäß und ordentlich durchgeführt werden sollen; denn läßt sich etwa jemand minderwertige oder gar schlechte Dienste versprechen? Selbst wenn die Güte der Leistungen nicht besonders ausgesprochen und festgelegt ist, so ist es doch verkehrsüblich verbunden mit dem Prinzip von Treu und Glauben, daß man von einem Unternehmer erwartet, daß er die Leistungen so gut bewirkt, wie es ihm möglich ist. Wenn dann trotzdem durch höhere Gewalt seine Leistung vernichtet oder beschädigt wird, dann ist ihm kein Vorwurf zu machen, sodaß er seinen Anspruch auf Vergütung behält. Einen Vertrag in diesem Sinne wird wohl jeder Arzt mit seinem Patienten abschließen wollen.

§ 4.

Fortsetzung der Begründung.

Natürlich kann auch mit dem Arzt ein Werkvertrag geschlossen werden, nämlich dann, wenn er in der Lage ist, für seine Behandlung einzustehen. Ob und wann ihm das aber möglich ist, entscheidet nicht der Vertrag, sondern der Verkehr. Stets wird der Arzt für seine Handlung haften können, solange es sich um rein technische Fertigkeiten an leblosen Gegenständen handelt z. B. Anfertigung eines Gebisses, Herstellung künstlicher Gliedmaßen, [1]) Obduktion einer Leiche; aber auch dabei handelt es sich nur dann um einen Werkvertrag, wenn der Patient das Material, aus dem das Werk hergestellt werden soll, liefert; andernfalls, und das wird wohl meistens der Fall sein, haben wir es mit einem Werklieferungsvertrage zu tun, bei dem gemäß § 651 grundsätzlich die Vorschriften des Kaufes Anwendung finden, bei nicht vertretbaren Sachen, mit denen es der Arzt wohl im allgemeinen zu tun haben wird, jedoch mit der Maßgabe, daß an die Stelle des § 433, des § 446 I. 1. und der §§ 447, 459, 460, 462/4, 477/9 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647/8 treten.

Eine andere Frage ist, ob durch den Dienstvertrag das Wesen des mit dem Arzte geschlossenen Vertrages erschöpft ist. Es läßt sich nicht leugnen, daß in einem solchen Vertrage auch eine Spur von verwahrungs-

[1]) Aehnlich Rabel S. 77.

ähnlichem Charakter hinsichtlich der Kleidungsstücke des Patienten, Mantel, Hut rc. vorhanden sein kann. [1]) Es ist nun zu prüfen, welche Bedeutung diesem verwahrungsähnlichem Gebilde zukommt, und damit kommen wir auf das Gebiet der gemischten Verträge.

Wir verstehen darunter solche Verträge, die nicht unter einen der im Gesetz gegebenen Vertragstypen zu subsumieren sind. [2]) Kann man nun beim Arzte sagen, es sei in dem Vertrage die typische Dienstleistung mit der Pflicht zum Aufbewahren verbunden? Das muß verneint werden, da der Platz bezw. Raum hier nur condicio sine qua non für die Erfüllung des Dienstvertrages und nicht so wichtig ist, daß er mit dem Dienstvertrag zusammen Hauptzweck des Vertrages bildet. Es wäre demnach noch die Möglichkeit gegeben, dieses verwahrungsähnliche Gebilde unter den Gesichtspunkt der Nebensächlichkeit zu bringen. Hoeniger [3]) lehnt die Möglichkeit ab; bejahen will er sie nur dann, „wenn vertragsmäßig nach übereinstimmenden Willen beider Parteien einem Tatbestandselement untergeordnete Bedeutung zukommen sollte". Davon kann aber in keiner ärztlichen Praxis die Rede sein, da mit Abschluß des Vertrages keinerlei Worte über diese Tatbestandselemente gewechselt werden, also auch nicht bestimmt wird, welches das Untergeordnete sein soll. [4]) Mit Recht sagt Enneccerus [5]) dazu: „Bei Beurteilung eines solchen Vertrages entscheidet zunächst das Recht des Grundtypus, und nur ergänzend können in Bezug auf andersartige Leistungen auch die Vorschriften über den ihr entsprechenden Vertragstypus durch Analogieschluß Anwendung finden, sofern diese Vorschriften eben in der Natur dieser Leistungen ihren Grund haben, und die allgemeine Natur und der Gesamtzweck des ganzen Vertrages keine Abweichung fordern." [6])

So bleibt denn auch nur die eine Möglichkeit, daß es sich um einen einfachen Vertrag handelt mit nur einer Verpflichtung, nämlich der aus dem Dienstvertrag und das mit Recht, denn gerade bei der Schwierigkeit zwischen Verwahrungs- und Dienstvertrag, die sich aus der häufigen Konkurrenz beider ergibt, muß doch zur Erzielung sicherer und gleicher Ergebnisse ein Modus gefunden werden, der dazu führt. Diesen erblicke ich nicht in einer Kombination nach Art der gemischten Verträge, auch nicht in einer Regelung durch einheitliche Verträge, sondern darin, daß man den Vertragscharakter nach dem durch Parteivereinbarung vorherrschenden Momente bestimmt, [7]) wobei diese Vereinbarung als der Verkehrsauffassung entsprechend auszulegen ist. [8])

Es ist also, abgesehen von einzelnen technischen Ausführungen beim Vertrage eines Arztes mit seinem Kunden stets reiner Dienstvertrag anzunehmen, der sich nach den §§ 611 ff. BGB. regelt.

---

[1]) Vgl. Berl. Aerzte-Korrespondenz. 1919. S. 78.

[2]) Hoeninger S. 4.

[3]) Hoeninger S. 139.

[4]) Aehnl. Gedanken finden wir beim Reichsgericht im „Recht" Bd. 14 Nr. 1516; Warneyer 3, 210; zu demselben Ergebnis kommen auch in neueren Entscheidungen das Kammergericht und das Reichsgericht, siehe Ebermeyer, Arzt und Patient. S. 103/4.

[5]) Enneccerus 1. Bd. 2. T. § 323. C.

[6]) So auch E. RG. Z. Bd. 99, S. 35; zustimmend Delius im „Recht" 1920. S. 33 ff.

[7]) S. Riezler S. 47 ff.

[8]) Vgl. auch E. RG Z. 25. Bd. S. 108 ff.

Das ist von großer praktischer Bedeutung. Während beim Werkvertrag der Arzt sein Honorar nur nach erfolgreicher Behandlung des Kranken verlangen kann, sind ihm beim Dienstvertrag seine Bemühungen ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg zu vergüten. Nach § 615 kann auch der Arzt, wenn er bestellt ist und nicht vom Patienten vorgelassen wird, trotzdem von dem mit der Annahme der Dienste in Verzug gekommenen sein Honorar verlangen. Das Honorar für den Arzt ist auch dann fällig, wenn er zu einer Operation reist und bei seiner Ankunft den Patienten tot findet. § 324 BGB. In beiden Fällen muß er sich freilich den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Ebenso hat gemäß § 615 ein Arzt, der seinen Patienten zur bestimmten Zeit bestellt, falls derselbe später oder gar nicht kommt, Anspruch auf die volle Entschädigung abzüglich des ersparten Materials, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein; leistet er trotzdem nach, so kann er neben der alten Entschädigung auch für diese neue Betätigung einen neuen Betrag in Rechnung stellen.

Ferner ist auch nur beim Dienstvertrag gemäß § 627 sowohl dem Arzt, als auch dem Kranken eine fristlose Kündigung, die im beiderseitigen Interesse notwendig erscheint, möglich, während bei Annahme eines Werkvertrages der Arzt § 649 zufolge nur dann sofort kündigen könnte, wenn der Patient sich der ihm zukommenden Mitwirkung trotz einer unter Androhung der Kündigung gestellten Nachfrist entzieht.

§ 5.

Die Haftung für Verletzungen des Vertrages im allgemeinen.

Es ist nun die Pflicht des Arztes, zwecks Vermeidung einer zivilrechtlichen Haftung wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend zu handeln.

Dabei fragt es sich, wie überhaupt seine Handlung rechtlich zu werten ist. Verträge können nach dem Gesetz verletzt werden:

1. durch nachträgliche Unmöglichkeit und
2. durch Verzug.

Mit dieser Regelung hat sich unser Gesetzbuch zufrieden gegeben. Doch gibt es noch eine dritte Möglichkeit, nämlich die Verletzungen durch positives Tun, in denen jemand entweder tut, was er unterlassen soll, oder zwar die Leistungen bewirkt, aber fehlerhaft. [1]) Gerade diese letzte Möglichkeit kommt für einen Arzt in Frage; denn ihm wird durch die fehlerhafte Behandlung des Kranken, durch die dieser etwa noch mehr leidend wird, nicht die Leistung unmöglich, sondern der Patient ist höchstens nicht imstande, die Leistung entgegenzunehmen; ebenso ist Verzug zu verneinen, da meistens der Arzt seine Leistung zur rechten Zeit vornimmt.

Die Lösung der Aufgabe, diese im Gesetz nicht geregelte Möglichkeit der sog. positiven Vertragsverletzungen [2]) — auch (besser) Forderungsverletzungen genannt — in eine rechtliche Form zu bringen, ist recht oft versucht.

[1]) Staub, Positive Vertragsverletzung S. 5.
[2]) Vgl. dazu Siber zu Planck II. S. 182 ff.

Während Goldmann — Lilienthal [1]) und Schöller [2]) vom § 280, Staub und Müller [3]) vom § 286 BGB. ausgehen, will Werner [4]) den Leistungspflichtigen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) heraus ohne weiteres für jeden Schaden, den er durch positives Tun anrichtet, aus § 823 haften lassen. Da mir alle diese Ansichten reichlich gekünstelt erscheinen, schließe ich mich der h. M. an, die mit Hilfe des § 276 auf leichtere Weise zum Ziele kommt. [5]) [6])

Gemäß § 276 haftet jeder Schuldner in einem Vertrage für Vorsatz und Fahrlässigkeit. In Betracht kommen beim Arzt im allgemeinen sog. Kunstfehler, die er sich zu Schulden kommen läßt.

Der Begriff Kunstfehler ist zwar im Gesetz nicht näher definiert, man wird aber gewöhnlich darunter ein Handeln gegen die allgemein anerkannten und mit Grund nicht mehr zu bestreitenden Regeln der medizinischen Wissenschaft verstehen. Im corpus juris steht l. 9 § 5 Dig. 19, 2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam scripsit. M. Rümelin [7]) stellt den Begriff „Kunstfehler" mit dem Ausdruck „Unkunst" der Carolina zusammen, ohne einen Unterschied zu machen, ob es sich dabei um ein Versagen der ärztlichen Sachverständigentätigkeit, oder um mangelndes Wissen und Können oder um ungenügende Anspannung der Geisteskräfte, also um Unaufmerksamkeit handele. Diese allgemeine Anlehnung an die „Unkunst" der CCC. halte ich nicht für richtig. Wenn man schon die „Unkunst" der CCC. heranziehen will, so muß man auch mit dieser die „Unkunst" von dem „Unfleiß" unterscheiden; da der „Unfleiß" st rafbar, jedoch die „Unkunst" nicht strafbar war. Unter „Unfleiß" versteht die Carolina die schuldhaft unterlassene Anwendung von Kenntnissen oder Geschicklichkeiten, in deren Besitz man sich befindet. Hierunter würden also auf die Behandlung des Arztes übertragen vor allen Dingen die ungenügende Anspannung der Geistestätigkeit, die Unaufmerksamkeit usw. fallen. Hat dagegen jemand getan, was er tun konnte, wenn auch sein Wissen und Können sehr mangelhaft war, so fiel das unter die „Unkunst" der CCC. und war straflos; denn sie bestrafte nur einen Fehler des Willens, nicht aber einen Fehler des Verstandes.

Demnach umfaßt der Begriff „Kunstfehler" die Ausdrücke „Unfleiß" und „Unkunst" der Carolina. Gleich ihr gehen aber auch unsere Gesetze nur gegen den „Unfleiß" — nicht wie Rümelin gegen die „Unkunst" — vor. Auch bei uns ist Voraussetzung „schuldhaft" unterlassene Anwendung der Kenntnisse. Der Arzt haftet also nur dann, wenn ihm die Folgen aus unsachgemäßer Behandlung zur Last fallen, d. h. wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

---

[1]) Goldmann — Lilienthal 1. Bd. S. 333.

[2]) Schöller in Gruchot 46. Bd. S. 26 ff.

[3]) Müller im „Recht" 1902. Nr. 22.

[4]) Werner im „Recht" 1902. S. 476 ff. & 1903. S. 308.

[5]) Crome 2. Band S. 65; Dernburg in der DJZ. Jahrg. 1903 S. 1—5! Düringer Hachenburg 2. Bd. S. 265 ff. E. RGZ. Bd. 53 S. 201; Kipp in der DJZ. 1903 S. 254; Krückmann, Unmöglichkeit ꝛc. S. 190 ff.

[6]) Auf die Gründe näher einzugehen, muß ich mir versagen, da es weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Ich begnüge mich daher mit dem Hinweis auf die zitierten Stellen.

[7]) Rümelin, Haftung usw. S. 14.

§ 6.

Die Haftung für vorsätzliche Kunstfehler.

Der Begriff des Vorsatzes ist im BGB. nicht geregelt; es gehen daher die Ansichten darüber auseinander. Ich möchte von den vielen nur die im Vordergrund des Interesses stehenden Theorien, die Vorstellungs- und Willenstheorie erwähnen. Die erstere verlangt nur die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis sämtlicher zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände.[1]) Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen, da m. E. niemandem eine Tat zugerechnet werden kann, die er nicht auch wollte. Ich halte vielmehr die Willenstheorie[2]) für die richtige, da hier Wille und Kenntnis der Tatumstände vorausgesetzt und somit die Grundlage für Abwägungen geschaffen wird; erst dann ist es m. E. auch recht, die Tat jemandem zuzurechnen, denn erst jetzt war es ihm möglich, das Für und Wider zu erwägen.

Fälle dieser Art werden beim Arzt wohl äußerst selten sein. Denkbar wäre es, daß ein Arzt vorsätzlich Kunstfehler macht, um den Patienten länger in Behandlung zu behalten, um dafür später eine höhere Vergütung beanspruchen zu können. Nicht immer jedoch braucht die Absicht moralisch verwerflich zu sein. So erzählt Rabel[3]) von einem Fall, wo ein Chirurg seinem Patienten wider dessen erklärtem Willen einer höchst gefährlichen Operation unterzog und ihm dadurch das Leben rettete. Mit Recht bemerkt Rabel dazu: daß, wenn auch der Patient den Arzt zeitlebens gepriesen hätte, doch juristisch betrachtet dieser Chirurg vorsätzlich und rechtswidrig den Körper angegriffen und die unmittelbare Gefahr herbeigeführt; rechtswidrig deshalb, weil der Eingriff nicht befugt war, und vorsätzlich, weil er den Eingriff wollte.

§ 7.

Die Haftung für fahrlässige Kunstfehler.

Weit häufiger wird Fahrlässigkeit beim Arzt in Frage kommen. Der Begriff Fahrlässigkeit ist und war stets ein Stein des Anstoßes. Nur zu oft sind sich Aerzte und Laien über die Fahrlässigkeit absolut nicht einig; meistens wird der Fall so liegen, daß der Laie dem Arzt Fahrlässigkeit vorwirft, obwohl in Wirklichkeit von Fahrlässigkeit keine Rede sein kann. Wie sehr sich in dem Punkt Fahrlässigkeit der Aerzte gerade ein Laie täuschen kann, zeigt uns Zitelmann[4]) an folgendem Beispiel: Bei einer unter Beihilfe eines zweiten Arztes und einer Krankenschwester vorgenommenen Operation an der Brust einer Frau hatte der Arzt in der Wunde drei Mullstreifen, je 10—14 cm lang und 1—1 1/2 cm breit, zurückgelassen. Jeder Laie wird behaupten, daß die darauf erfolgte Schädigung des Körpers auf Fahrlässigkeit des Arztes zurückzuführen ist, und dennoch haben das Landgericht in Leipzig und das Oberlandesgericht in Dresden nach Anhörung sachverständiger Gutachter Fahrlässigkeit des Arztes verneint. Wir sehen also, wie leicht einem Arzt, den

[1]) V. Liszt, Lehrbuch S. 173.
[2]) Krückmann, Institutionen S. 291.
[3]) Rabel S. 10.
[4]) Zitelmann S. 5.

man für fahrlässig hält, ein ungerechter Vorwurf gemacht werden kann, deshalb will ich versuchen, den Begriff Fahrlässigkeit im folgenden festzulegen und zu definieren.

Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. § 276 BGB. Der Täter muß also die Verletzung des Rechtes oder Rechtsgutes als Folge seiner Handlung voraussetzen. [1]) Diese Ansicht bringt auch das Reichsgericht [2]) zum Ausdruck, wenn es dem Lenker des leeren Wagens Mangel an Vorsicht, d. h. Fahrlässigkeit vorwirft, da er sich, falls er nicht weit genug ausbiegt, den möglichen Zusammenstoß vorstellen mußte. Ebenso fällt dem Arzt Fahrlässigkeit zur Last, wenn er die objektive Möglichkeit eines nachteiligen Erfolges seines Tuns und Lassens annehmen, also voraussetzen kann, trotzdem aber die Aufmerksamkeit außer Acht läßt, die die Abwendung dieses Erfolges fordert. [3]) Es ist nicht nötig, daß der Arzt den Erfolg selbst, z. B. Siechtum oder Tod, genau kennt und voraussieht, es genügt vielmehr, daß er sich vorstellt, daß durch seine Behandlung überhaupt eine Gefahr entstehen kann. So haftet der Arzt für den Tod seines Patienten selbst dann, wenn er zwar nicht einen derartigen, wohl aber überhaupt einen schädlichen Erfolg erwarten mußte. [4]) Denselben Gedanken vertritt auch das Reichsgericht [5]), wenn es sagt: Zum Begriff der Tötung ist nicht erforderlich, daß der Ersatzpflichtige den tötlichen Erfolg der Handlung hat voraussehen können, bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit hat sich vielmehr nach § 276 das Verschulden, Vorsatz und Fahrlässigkeit nur auf die unerlaubte Handlung, nicht auf die entfernteren Schadenswirkungen zu beziehen.

Hier taucht nun die Frage auf, was man sich denn vorstellen muß. Zur Beurteilung dieser Frage kann eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg [6]) herangezogen werden, worin gesagt ist, daß bei Beurteilung der Schuld die allgemeine Sitte und Gewohnheit, wie sie nun einmal bestehe, ein Faktor sei, mit dem man rechnen müsse. Dem Einzelnen gereiche es daher nicht zum Verschulden, wenn er dieser Sitte folge und Eventualitäten dabei nicht in den Kreis seiner Vorsicht ziehe. So soll z. B. das Fußballspiel, Werfen mit Gummibällen — gehörige Aufsicht vorausgesetzt — auf öffentlichen Plätzen in Großstädten, trotz der damit verbundenen möglichen Gefahr, für den Fall, daß der theoretisch stets mögliche Unfall eintritt, dem Betreffenden nicht als Verschulden angerechnet werden, da dieses Treiben unter den Augen der Behörden vor sich gehe, und diese es dulden.

Diese Ansicht geht m. E. entschieden über den Wortlaut des § 276 I. 2 hinaus, wonach man fahrlässig handelt, wenn man die erforderliche Sorgfalt im Verkehr außer Acht läßt. Nach obiger Entscheidung wäre daher ein noch so gefährlicher Unfug, wenn die Polizei dem Treiben freies Spiel ließe, und der Unfug eben Sitte wäre, nicht in den Kreis

[1]) Planck 2. Bd. S. 979. 4.
[2]) E. RG. Z. 12. Bd. S. 191.
[3]) Goltd. Arch. 10. Bd. S. 57.
[4]) E. RG. Z. Bd. 66 S. 253.
[5]) E. RG. Z. Bd. 69 S. 344.
[6]) Seuff. Arch. Bd. 53 Nr. 227.

der Fahrlässigkeit hinein zu ziehen. Dies würde aber der erforderlichen Sorgfalt nicht entsprechen. Das BGB. hat nicht ohne Grund das Wort „erforderlich" aufgenommen. Zunächst stand im Entwurf des BGB. „im Verkehr übliche Sorgfalt".[1]) Hiernach handelt es sich bei dem Wortlaut des Entwurfes stets um das Maß von Sorgfalt, das nach den Uebungen des Verkehrs angewendet wird, um zu ermitteln, was zur Abwendung von Gefahren zu geschehen hat. Die Mehrheit hielt aber wegen der Unbestimmtheit das Wort „üblich" nicht für angebracht, weil dann leicht ein objektiv rechtswidriges Verhalten als rechtmäßig bezeichnet werden müßte, weil es eben üblich ist.

Mit dem Begriff „erforderlich" war man auch nicht zufrieden,[2]) da er zu abstrakt sei, und § 276 folglich nichts besage. Doch kann ich mich dieser Ansicht nicht anschließen, da der Begriff „erforderlich" richtig verstanden doch nicht so sehr abstrakt ist. Der Arzt muß eben bei der Diagnose alle, auch entfernte Verletzungsmöglichkeiten erwägen und zur Heilung die modernsten zur Verfügung stehenden Mittel anwenden. In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht[3]) einen Arzt für schadenersatzpflichtig erklärt, der ein, wenn auch geringes Verschulden dadurch auf sich geladen hat, daß er die Anfertigung eines Röntgenbildes, durch das allein er die Verletzung feststellen konnte, unterlassen hatte.

Hier ist dann noch einem Mißverständnis vorzubeugen, zu dem das Wort „erforderlich" Anlaß geben könnte, als sei damit die im konkreten Fall erforderliche Sorgfalt gemeint.[4]) Bei den Beratungen bezeichnete man diese Auffassung als Mißverständnis, ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber unter „erforderlicher Sorgfalt" die im allgemeinen Verkehr unter Verhältnissen dieser Art anzuwendende Sorgfalt meint. An der „erforderlichen Sorgfalt" unter Verhältnissen dieser Art würde es z. B. der Arzt fehlen lassen, wenn er zu einer Operation qualitativ und quantitativ unzureichendes Personal zuzieht.[5])

Mit dieser Formulierung verliert das Wort „erforderlich" schon mehr und mehr seinen abstrakten Charakter, und es bedarf nur noch einer schärferen Fassung, um ein klares, verständliches und praktisch verwertbares Bild zu erlangen. In der J. W.[6]) heißt es, der Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt sei an sich objektiv § 276; es wird die Sorgfalt gefordert, die im gesunden normalen Verkehr allgemein für erforderlich und genügend gehalten wird, wobei aber keineswegs die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse ausgeschaltet werden soll. Ebermeyer[7]) berichtet uns ein Urteil des Oberlandesgerichtes Celle vom 19. Januar 1912, wonach dem in einem kleinen Dorfe wohnenden, durch seinen Beruf stark in Anspruch genommenen Arzt nicht zuzumuten wäre, daß er sich mit neuen Methoden befreunde, die zu den ihm einst gelehrten und von ihm Jahre hindurch befolgten in Widerspruch träten. Dürfe er, so begründet

[1]) Prot. 2. Bd. S. 406 ff.
[2]) Wendt im A. Z. P. 87. Bd. S. 422 ff.
[3]) Ebermeyer, Arzt und Patient S. 92.
[4]) Prot. 2. Bd. S. 406.
[5]) Vgl. Aerztliche Sachverständigenzeitung 1896. S. 232.
[6]) J. W. 1904. S. 357.
[7]) Ebermeyer, Arzt und Patient S. 86.

diese Entscheidung weiter, auch nicht eigenmächtig an Sätzen festhalten, die alle Welt als verkehrt erkannt habe, so könne es andererseits nicht als Gebot der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erachtet werden, daß er neue Lehren befolge, wenn er sie für unrichtig halte. Dieses Urteil ist zum mindesten unklar und mißverständlich. M. E. muß sich der Arzt soweit auf der Höhe der Wissenschaft halten, daß er von den mit Grund nicht mehr zu bestreitenden Regeln der medizinischen Wissenschaft genaue Kenntnis hat. Selbstverständlich hat er auch in seiner Praxis diese Regeln zu beobachten; falls er dies unterläßt, trifft ihn der Vorwurf der Fahrlässigkeit.

§ 276 spricht von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Was haben wir aber unter „Verkehr" zu verstehen? In der J. W.[1]) wird eine Definition gegeben, wonach man unter Verkehr im Sinne des § 276 den Verkehr zu verstehen hat, der bei den z. Zt. gegebenen Verhältnissen in Frage kommt, wobei dann die Sorgfalt anzuwenden ist, die der normale, tüchtige und gewissenhafte Mensch in solchen Fällen anwenden würde. Demnach ist also ein Arzt für den Schaden einer Operation nur verantwortlich, wenn er nicht die Sorgfalt eines vorsichtigen und gewissenhaften Operateurs beobachtet hat. Dabei sind einzelne Versehen zu berücksichtigen, in denen der Arzt unter einem gewissen Zwang der Not gehorchend gearbeitet hat. Mit Recht hat daher auch das Reichsgericht eine Schadenersatzklage gegen einen Arzt abgewiesen, der bei einer Bauchoperation die gegen die Bauchwände gedrückten Gazetupfer habe stecken lassen. Das Reichsgericht begründet seine Entscheidung damit, daß infolge eintretender Herzschwäche die Operation sehr schnell hätte zu Ende geführt werden müssen, und daß es dabei auch nach dem übereinstimmenden Gutachten von vier Sachverständigen nur zu leicht vorkommen könnte, zumal bei der großen Aehnlichkeit der vom Blut getränkten Tupfer mit dem Gewebe, daß dieselben übersehen und vergessen würden. Zutreffend bemerkt zu einem ähnlichen Urteil Oberlandesgerichtsrat Ermel[2]), daß das Reichsgericht hier wiederholt den anerkannten Satz angewendet habe, daß ein unrichtiges Verhalten in einer Zwangslage, die raschen Entschluß und tatkräftiges Handeln erfordere, dem Handelnden nur als Verschulden angerechnet werden könne, wenn er dabei ohne jede Vorsicht und Ueberlegung verfahren sei. Es ist also ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen.[3]) Daß nicht jeder Fehler in der Behandlung ohne weiteres dem Arzt als Verschulden angerechnet werden darf, zeigt uns auch ein Urteil des 6. Zivilsenates des Reichsgerichts[4]), demzufolge nach allgemeiner Erfahrung vom Arzt nicht erwartet werden kann, daß seine Anordnungen, auch auf chirurgischem und operativem Gebiet liegende, unbedingt sachgemäß ausfallen und denkbar beste Gewähr für schnelle und volle Heilung geben. Vielmehr kommen selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis Fehler und Unrichtigkeiten vor. Denselben Gedanken spricht das Reichsgericht bei einer anderen Gelegenheit[5]) in dem bekannten und bedeutungs-

[1]) J. W. 1904 S. 357.
[2]) Mitgeteilt von Ebermeyer aus dem Berl. Tageblatt vom 29. Juli 1913.
[3]) S. Rümelin, Haftung usw. S. 11; Rabel S. 11; Zitelmann S. 4; Flügge S. 70.
[4]) Seuff. Arch. Bd. 67. S. 57.
[5]) E. RG. Z. Bd. 78. S. 435.

vollen Satz aus: „Auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Sicherheit einer Maschine."

Nachdem nun festgestellt ist, wann die Handlung eines Arztes fahrlässig zu nennen ist, ergibt sich die weitere Frage: Wann erzeugt ein fahrlässiges Handeln eine zivilrechtliche Haftung? Daß eine fahrlässige Behandlung nicht ohne weiteres zivilrechtliche Haftung (anders die strafrechtliche Haftung!) begründet, scheint wohl selbstverständlich; um eine Haftung zur Folge zu haben, muß durch die fahrlässige Behandlung ein Schaden verursacht sein. Ist dagegen aus einer Behandlung, die auf gröbster Fahrlässigkeit oder gar auf Vorsatz beruht, dem Patienten kein Schaden erwachsen, so kann der Arzt für eine zivilrechtliche Haftung nicht in Anspruch genommen werden. Schaden ist jedoch schon entstanden, wenn die Heilung verzögert oder gar der Tod, wenn auch nur um kurze Zeit, beschleunigt ist.[1])

§ 8.

Die Frage der Kausalität.

Selbst wenn nun auch festgestellt ist, daß dem Patienten durch den Arzt ein Schaden zugefügt ist, fragt es sich immer noch, ob der Arzt haftbar ist. Kann der Arzt nicht mit vollem Recht sagen: Wenn mein Patient nicht verunglückt oder erkrankt wäre, hätte ich doch keine Gelegenheit gehabt, ihm durch meine Behandlung ein Unheil zuzufügen; im tiefsten Grunde trage also nicht ich, sondern der Unfall bezw. die Krankheit Schuld an dem ganzen Unglück?

Mit anderen Worten: Es fragt sich ob ein Zusammenhang zwischen der Behandlung des Arztes und dem eingetretenen Erfolg vorhanden ist. Hiermit kommen wir auf das sehr umfangreiche und bestrittene Gebiet der Kausalitätstheorien[2]). Träger[3]) teilt die vielen Theorien in drei große Gruppen ein, in die: 1. Theorie der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Bedingungen, 2. individualisierenden und 3. generalisierenden Kausalitätstheorien, die die Bedingungen eines vom konkreten Fall losgelösten Erfolges auf ihre generelle Bedeutung prüfen. Während die Anhänger der Birkmeyer'schen Theorie der „wirksamsten Bedingung" und der Binding'schen „Gleichgewichtstheorie" die Bedingungen nach ihrer kausalen Bedeutung für den einzelnen Fall objektiv unterscheiden, kommen viele Schriftsteller mit Hilfe einer den individuellen Fall generalisierenden Betrachtungsweise zu dem Begriff der sog. adäquaten Verursachung — heute für das Zivilrecht von der h. M. anerkannt —, die von Kries ins Leben gerufen hat.[4])

v. Kries nimmt, indem er die dem individuellen Täter bekannten Bedingungen voraussetzt, einen durchaus subjektiven Standpunkt ein.

---

[1]) Ueber die einzelnen Arten des Schadens, über die Frage, worin er bestehen kann, wird später bei der Ersatzpflicht noch zu sprechen sein.

[2]) Von den vielen Theorien werde ich nur die für das Zivilrecht allgemein anerkannte Theorie der adäquaten Verursachung kurz behandeln.

[3]) Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

[4]) Crome Bd. 2. § 151. 3. b; Enneccerus § 235. III; Oertmann, Vorbem. 4. b. zu § 249; Komm. d. RG. Räte, Vorbem. 3 zu § 249; Staudinger, Vorbem. III. 3. zu § 249 u. E. RG. Z. Bd. 50, S. 222; Bd. 69, S. 59; Bd. 81, S. 359; J. W. 1912. S. 581. Nr. 1; E. OLG. Bd. 28, S. 265.

Im Gegensatz dazu suchen die neueren Schriftsteller wie M. Rümelin, Liepmann und Träger nach einem im wesentlichen objektiven Maßstab. Um dabei nicht zu dem widersinnigen Ergebnis zu kommen, daß der Täter, falls er persönlich den außerhalb des Rahmens allgemeiner menschlicher Voraussicht gelegenen Kausalverlauf vorausberechnet hat, für den inadäquaten Erfolg nicht verantwortlich gemacht werden könnte, werden alle die Bedingungen zur Grundlage des Möglichkeitsurteiles gemacht, die sowohl dem einsichtigsten Menschen, als auch dem Täter selbst bekannt sind. [1])

Im Gegensatz dazu setzt M. Rümelin in seiner Theorie der „adäquaten Verursachung vom Standpunkt der objektiven nachträglichen Prognose" alle zur Zeit der Tat (ex ante), ex post dem Richter erkennbaren Bedingungen voraus; dagegen rechnet er von den später hinzukommenden Bedingungen nur die, mit deren Zutritt z. Zt. der Tat nach allgemeiner menschlicher Erfahrung gerechnet werden müßte. [2])

Diese Theorie ist abzulehnen, denn in Wirklichkeit kommen solche Bedingungen, die weder ex ante für den einsichtigsten Menschen, noch ex post für den Richter erkennbar sind, praktisch kaum noch in Frage. Das sah auch Rümelin ein und fügte seiner Theorie folgende Billigkeitsmodifikation ein: „Werde durch einen an sich Haftung begründenden Vorgang der Verletzte zu einem später eintretenden Ereignis lediglich in räumliche oder zeitliche Beziehung gebracht, so müsse von außer aller Berechnung liegenden, auch dem Haftpflichtigen nicht bekannten oder erkennbaren Bedingungen dieses zweiten Ereignisses selbst dann abstrahiert werden, wenn dieselben z. Zt. des ersten Vorganges schon vorgelegen hätten." Daß die Fälle, welche Rümelin zur Einschränkung seiner Lehre durch diese Billigkeitsmodifikation veranlaßten, recht zahlreich sind, und daß die Billigkeitsmodifikation sogar noch über die Fälle hinaus ausgedehnt werden müssen, sodaß „für die objektiv nachträgliche Prognose" Rümelins nicht mehr viel übrig blieb, hat Träger an dem Falle-Thomas bewiesen. [3])

Am richtigsten scheint mir die Theorie des „generell begünstigenden Umstandes" Trägers. [4]) Nach Träger kann der Erfolg einer Handlung dem Täter nur dann zugerechnet werden, wenn sie den Erfolg von der Art des eingetretenen generell begünstige. [5]) Dies sei dann der Fall, wenn die Handlung die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen in nicht unerheblicher Weise erhöhe. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall sei oder nicht, seien — im Gegensatz zu Rümelin — vorauszusetzen:

1. Alle z. Zt. der Begehung der Handlung vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkt dem einsichtigsten Menschen bekannt gewesen seien. [6]) Nach Träger hat man sich in die Zeit zurückzuversetzen, in der das zu beurteilende Ereignis noch bevorgestanden habe; es können also

[1]) Vgl. Träger S. 159.
[2]) S. M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe usw. S. 217.
[3]) Träger S. 144 ff.; vgl. dazu Kohler in Goltdammers Archiv Bd. 51. S. 352.
[4]) Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
[5]) Träger S. 159.
[6]) Aehnlich E. RG. Z. Bd. 81, S. 359.

nur die Bedingungen berücksichtigt werden, die zu dieser Zeit schon vorgelegen hätten. Von diesen Bedingungen seien auszuschließen:

a) die absolut unerkennbaren,

b) die ex ante nicht erkennbaren, wenn sie auch ex post erkennbar seien.[1] Maßgebend für die Erkennbarkeit der Bedingung sei also der Zeitpunkt der Begehung der Handlung, nicht der ihrer nachträglichen Beurteilung.

2. Die Bedingungen, die der Täter kennt, obwohl sie der einsichtigste Mensch nicht kennt; denn, so sagt Träger mit Recht, der Täter kann den einsichtigsten Menschen ja im speziellen Falle übertreffen, dann würden wir zu dem Ergebnis kommen, daß der geriebenste Verbrecher straflos bliebe.[2]

Die Frage, bei welchem Grad von Begünstigung die condicio sine qua non zu dem Erfolg adäquat zu erklären sei, beantwortet Träger ebensowenig wie Rümelin. Beide überlassen die Beantwortung dieser Frage der Praxis.

Dieser Theorie Trägers möchte ich mich aus dem Grunde anschließen, weil sie, wie das ja auch das Prinzip Trägers war,[3] die äußerste Grenze der Denkbarkeit des Verschuldens bezeichnet.

Nach dieser Theorie ist der Arzt stets dann haftbar zu machen, wenn durch seine Handlungsweise eine Verschlimmerung des Leidens generell begünstigt ist, oder wenn die Beschwerden des Kranken durch die objektive Möglichkeit einer fraglichen Verschlimmerung derselben durch die Behandlung des Arztes in nicht unerheblicher Weise erhöht sind.

Völlig verfehlt halte ich eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamburg,[4] wonach eine Klage aus § 847 für ein durch falsche Behandlung vom Arzt verursachtes Nervenleiden, das nur auf ausgestandene Todesangst, Schrecken oder dergl. zurückzuführen war, mit der Begründung abgewiesen wurde, daß Todesangst und seelische Schmerzen keine Verletzung des Körpers und der Gesundheit, bei der nur ein Anspruch aus § 847 gegeben sei, darstellten. Wie schon oben gesagt, halte ich diese Entscheidung für durchaus unrichtig; wenn auch Schrecken und Todesangst nicht unter den Begriff der Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung zu zählen sind,[5] so kann ich auf keinen Fall anerkennen, daß durch diese Momente der Kausalzusammenhang zwischen dem verletzenden Eingriff und dem Nervenleiden unterbrochen wird, vielmehr ist das Nervenleiden mit dem Schrecken und mit der Angst zusammen eine Folge der verletzenden Eingriffe.

§ 9.

Ausschluß bezw. teilweiser Ausschluß der ärztlichen Haftung trotz schuldhafter Kunstfehler.

Wir sehen also, daß, wenn der Arzt derartig den Vertrag verletzt, daß er schuldhafter Weise Kunstfehler begeht, durch die eine Verschlim-

[1]) Träger S. 160.
[2]) Träger S. 161.
[3]) Träger S. 166.
[4]) Recht 1908. II. S. 370.
[5]) Vgl. E. RG. Str. Bd. 29. S. 58.

merung der Krankheit seines Patienten generell begünstigt wird, er zum Schadenersatz herangezogen werden kann. Es fragt sich nur, ob er nicht durch besondere Vereinbarung die Haftung für seine Schuld ausschließen kann. § 276. II. zufolge ist ein Ausschluß seiner Haftung für Vorsatz nicht möglich. Würde also, was aber wohl kaum vorkommen wird, der Patient seinem Arzt die Haftung wegen Vorsatzes erlassen, so würde dieser Erlaßvertrag, da er gegen das Gesetz verstößt, nichtig sein.

Die Haftung für Fahrlässigkeit kann zwar ausgeschlossen werden; jedoch handelt der Arzt, der seinen Patienten veranlaßt, ihm die Haftung für grobe Fahrlässigkeit zu erlassen, höchst unklug, da sein Renomme dadurch sicherlich nicht gehoben wird. Wenn ein Arzt gewohnheitsmäßig z. B. durch Revers [1]) eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit ablehnt, halte ich auch diesen Erlaßvertrag § 138. I. zufolge für nichtig, da er gegen die guten Sitten verstößt. [2]) M. E. darf ein Arzt nur in der größten Not Ausschließung der Haftung für culpa levis und für seine Hilfspersonen vereinbaren.

Eine andere Frage ist die, ob nicht der Umfang der ärztlichen Haftung durch ein Verschulden des Patienten gemäß § 254 gemildert oder gar aufgehoben wird. Wenn der Patient durch eine Schuld des Arztes verletzt ist, seine neuen Beschwerden aber durch ein Heilverfahren voraussichtlich gebessert oder gar behoben werden können, muß der Patient sich dieser Behandlung unterziehen. In der Unterlassung derselben kann mit Recht von dem Arzt ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten gefunden werden. Dadurch nämlich, daß die Gesundheit evtl. ganz oder z. T. wiedererlangt wird, tritt fraglos eine Minderung des zu ersetzenden Schadens ein, und es ist natürlich, daß der Beschädigte hierzu nach bestem Können beitragen muß, falls er nicht seinen Ersatzanspruch nach BGB. § 254 verlieren will. [3]) Jedoch setzt § 254 I. und II. voraus, daß denjenigen, der seine Rechte verlieren soll, auch eine Schuld trifft; sei es nun, daß sich der Patient aus übergroßer Aengstlichkeit oder Empfindlichkeit, sei es, daß er sich aus reinem Eigensinn oder gar aus Böswilligkeit [4]) weigert, auf den Vorschlag einer Behandlung zwecks Heilung oder Besserung einzugehen. In den meisten Fällen wird man wohl die konkreten Verhältnisse berücksichtigen und beachten müssen, z. B. Schwere der Krankheit, Grad der Erwerbsunfähigkeit und Gefährlichkeit der Operation.[5]) Erwähnt sei hierzu folgendes aus einer Entscheidung des Reichsgerichts: [6]) Die Operation kann dem Verletzten zugemutet werden, wenn sie den Erfolg gewährleistet, soweit eine solche Gewähr nach ärztlicher Anschauung überhaupt bestehen kann, und wenn der Verletzte zu der Ueberzeugung gelangen muß, daß ein solcher Eingriff gefahrlos sei, d. h. soweit nicht

[1]) S. Ebermeyer, Arzt und Patient S. 16; vgl. A. Kühner, Straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes in der Sammlung klinischer Vorträge 1909. Nr. 559/60. S. 176.

[2]) Vgl. dazu Berl. Aerztekorrespondenz 1912. Nr. 11 Dr. Kirschberg.

[3]) S. Seuff. Arch. 63. Bd. S. 353 ff.; E. RG. Z. 60. Bd. S. 147/48; J. W. 1906. S. 206; 1907. S. 740; 1908. S. 329; 1913. S. 977.

[4]) Vgl. E. RG. Str. 22. Bd. S. 173.

[5]) Vgl. Seuff. Arch. 46. Bd. Nr. 189. I. & II; Oertmann zu § 254 B. 2. d. S. 44; Gottschalk a. a. O.

[6]) E. RG. Z. Bd. 83. S. 15.

vorhergesehene Umstände eine Gefahr bedingen. Einer Chloroformnarkose notwendig machenden Operation braucht der Kranke sich nicht zu unterwerfen, auch nicht einer Operation unter Lumbalanästhesie, wobei die untere Körperhälfte durch eine Einspritzung ins Rückenmark unempfindlich gemacht wird. [1]) Ebenso kann er die Vornahme einer Operation verweigern, wenn den Aerzten selbst die Schwere des Eingriffs zweifelhaft ist. [2]) Die Operation darf auch nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein; sie muß ferner mit Sicherheit eine beträchtliche Besserung der Leistungsfähigkeit des Verletzten erwarten lassen, und der Verletzer muß die Kosten der Operation übernehmen. [3]) Bisweilen bringt die widerrechtliche fehlerhafte Verletzungshandlung dem Kranken zugleich die Befreiung von einem anderen Leiden. Alsdann ist bei der Prüfung, ob ein vom Arzte zu ersetzender Schaden durch die Verletzung verursacht ist, der durch die Beseitigung jenes Leidens bewirkte, die Erwerbsfähigkeit des Verletzten an sich steigernde Umstand in Rechnung zu ziehen. [4])

B. Die Haftpflicht des Arztes aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 10.

Das Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Während wir bisher nur solche Fälle betrachtet und untersucht haben, in denen der Patient dem Arzte zu jeder seiner Handlungen durch den Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung gibt, wollen wir uns jetzt solchen Fällen zuwenden, in denen es dem Arzt nicht möglich ist, vorher die Einwilligung des Patienten einzuholen.

Es erscheint uns selbstverständlich, daß ein Arzt, der einer Versammlung beiwohnt, in der Menschen ohnmächtig werden, hilfreich eingreift, oder daß ein Arzt, der zu einem Unglücksfall kommt, dem Verunglückten sofort hilft, auch wenn er noch bewußtlos ist. Daß auch vom Gesetz diese sofortige Hilfeleistung gewünscht und erwartet wird, zeigt uns der § 680 BGB., der einen Geschäftsführer ohne Auftrag, der eine Handlung zur Abwendung einer dringenden Gefahr vornimmt, nur für Vorsatz und „grobe" Fahrlässigkeit haften läßt. Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift in dem rechten Gedanken erlassen, daß in der Aufregung der drohenden Gefahr natürlich nicht so ruhig gearbeitet werden kann wie unter gewöhnlichen Verhältnissen, und mit Recht verzeiht er die in diesem Falle in der Eile unterlaufene leichte Fahrlässigkeit. Ebenso wird ein Arzt an einem Menschen, der soeben am Selbstmord gehindert ist, z. B. durch Abschneiden des Strickes oder durch Rettung des Ertrinkenden, Wiederbelebungsversuche anstellen. In allen diesen Fällen handelt es sich um Eingriffe des Arztes, die sich nicht auf einen Vertrag gründen und zu denen der Patient auch nicht seine Einwilligung gegeben hat. Es war lange bestritten, ob diese Handlungen gerechtfertigt seien, und

---

[1]) Zitelmann im A. B. R. 40. Bd. S. 223.
[2]) So das Reichsgericht in L. Z. 1918 S. 153.
[3]) Vgl. auch E. RG. Z. Bd. 60. S. 149; J. W. 1912 S. 136. 8.
[4]) J. W. 1913. S. 987[17].

welcher Kategorie von Handlungen man diese Eingriffe unterordnen sollte. Rosenberg [1]) hat dieselben zum ersten Male unter die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag subsumiert und ihm ist auch die h. M. gefolgt. Es fragt sich, ob mit Recht.

Der § 677 erfordert drei Voraussetzungen:

1. Besorgung eines Geschäftes,
2. für einen anderen,
3. gemäß dessen wirklichen bezw. mutmaßlichen Willen.

Ad. 1: Zunächst ist die Frage zu beantworten, was man unter diesem „Geschäft" zu verstehen hat, ob nur eine tatsächliche Handlung oder ein Rechtsgeschäft. Mit Recht hebt Isay [2]) hervor, daß ältere Rechte, z. B. das Allgemeine Landrecht, das Oesterr. Allgemeine Gesetzbuch, code civil usw. bei der Behandlung des Auftrages nur die Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen im Auge hatten. Ebenso meint auch das BGB., welches von Geschäftsfähigkeit spricht, nur die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen. Trotzdem ist der h. M. zuzustimmen, die unter die Geschäftsführung auch tatsächliche Handlungen, nicht allein Rechtsgeschäfte zählt. § 682, der von einem „geschäftsunfähigem Geschäftsführer" redet, würde ein Widerspruch in sich sein, wenn unter Geschäften nur Rechtsgeschäfte zu verstehen wären. Entweder ist jemand Geschäftsführer und damit fähig, alle Rechtsgeschäfte wirksam abzuschließen, oder es ist jemand geschäftsunfähig, dann sind alle seine Abschlüsse nichtig. Einen geschäftsunfähigen Geschäftsführer im obigen Sinne gibt es also nicht. — § 679 regelt ferner den Fall der gesetzlichen Unterhaltpflicht des Geschäftsherren. Eine Unterhaltspflicht wird jedoch in den wenigsten Fällen in einem Rechtsgeschäfte bestehen, vielmehr werden da meistens tatsächliche Handlungen Gewährung von Nahrung, Kleidung, Unterkommen usw. vorliegen. Daß unter der Geschäftsführung nicht nur Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, bestätigen uns auch die Motive [3]): Bei einem Ausdruck „ein Geschäft besorgen" ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Mißverständnis ausgeschlossen, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, nicht auch tatsächliche Dienstleistungen zu verstehen sind. Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß wir unter der Geschäftsführung ohne Auftrag ein Gegenstück zu der Geschäftsführung mit Auftrag, also dem Auftrage, haben. Damit stimmt auch § 683 überein, der ebenso wie die entsprechende Vorschrift im Auftrag dem Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen — die h. M. versteht unter Aufwendung das volle Honorar, nicht nur Auslagen — sichert.

Ad. 2 und 3 wird gefordert, daß das Geschäft für einen anderen besorgt wird und daß es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen entspricht. „Für einen anderen" bedeutet nichts anderes als im Interesse eines anderen. Es stehen also der Wille und das Interesse nebeneinander. In den Fällen, die für einen Arzt in Frage kommen, wird der Wille sehr wenig oder gar keine Bedeutung haben, da der Kranke ja nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun. Hieraus will

[1]) Rosenberg in Gerichtssaal 1903. Bd. 62. S. 62 ff.
[2]) Isay S. 1.
[3]) Mot. Bd. 2. S. 855.

Graf zu Dohna [1]) schließen, daß es in solchen Fällen, in denen der Kranke bewußtlos ist, auf die Feststellung seines Willens nicht ankomme, wenn nur die Operation in seinem Interesse, also zweckmäßig sei. Das geht jedoch m. E. zu weit. Gemäß § 678 ist der Arzt, der den Willen seines Patienten schuldhaft außer Acht läßt, nicht nur nicht zum Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen berechtigt, sondern sogar unter Umständen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Der Wille ist nach Möglichkeit vom Arzte stets zu berücksichtigen, falls er nicht Gefahr laufen will, für den Mißerfolg, also für den Zufall, zu haften.

§ 11.
Die Behandlung eines Bewußtlosen.

Bei der Abwägung des Interesses sind natürlich nicht alle möglichen abstrakten Fälle zu berücksichtigen, sondern es kommt dabei auf die Lage des konkreten Falles an. In, man kann wohl sagen, allen Fällen wünscht der Geschäftsherr bei einem ihm zugestoßenen Unglück schleunigste Hilfe des Arztes. Der Arzt, der objektiv die ernste Lage sieht, wird daher stets gerechtfertigt sein, wenn er dem Verunglückten quam celerrime seine Hilfe zuteil werden läßt. Soll er vielleicht nicht eingreifen, weil der Verletzte noch bewußtlos ist und es ihm daher unmöglich ist, dessen subjektiven Willen in Erfahrung zu bringen? Soll er ihn also, wenn er nicht mehr zu sich kommt, lieber sterben lassen? Oder soll der Operateur, der eine Bauchoperation vornimmt und sieht, daß der Krankheitsherd einen größeren als ursprünglich vereinbarten Eingriff erfordert, seinen Patienten wieder aus der Narkose erwachen lassen, um ihm dann von neuem seinem ausdrücklichen Wunsche entsprechend das Vergnügen einer nochmaligen schweren Operation zu bereiten? Wir sehen also, daß die Wahrung des subjektiven Interesses der Verkehrsauffassung widerspricht, und daß eine Anschauung, die das verlangt, praktisch unmöglich ist. [2]) Ein Arzt wird also stets gerechtfertigt dastehen, wenn er nach Maßgabe des konkreten Falles so handelt, wie nach seiner Ansicht ein ordentlicher Durchschnittsmensch seine Hilfe wünschen würde, wenn er dazu in der Lage wäre. Daß sein Patient nun zufällig später andere Wünsche äußert, kann ihm nicht zum Verschulden angerechnet werden.

§ 12.
Die Behandlung eines Selbstmörders.

Schwieriger ist der Fall bei einem Selbstmörder, der im letzten Augenblick noch an seinem Vorhaben gehindert wird. Bei ihm geht der wirkliche Wille nicht auf Rettung, sondern er will den Tod; aber auch hier ist in der Praxis der Fall im allgemeinen nicht so schwer zu beurteilen, wie das in der Theorie zu sein scheint. Nach der Selbstmordstatistik in Eulenburgs Real-Enzyklopädie der gesammelten Heilkunde [3]) ist ein Drittel aller Selbstmorde auf Geisteskrankheit zurückzuführen. Ein Geisteskranker ist geschäftsunfähig und bedarf daher eines gesetzlichen

[1]) Graf zu Dohna S. 108.
[2]) Isay a. a. O., Ernst im A. Z. P. Bd. 96. S. 440 ff.
[3]) Jahrg. 1889. Bd. 18. S. 284 ff.

Vertreters, der seine Geschäfte wahrnimmt. Die höchsten Interessen des Geisteskranken bestehen wie bei jedem Menschen in der Sorge für Leben und Gesundheit. Der Vertreter kann also niemals in einen Selbstmord einwilligen, weil dadurch die höchsten Lebensgüter vernichtet werden. Handelt der Geisteskranke ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters, so ist sein Wille nichtig und der Arzt handelt im Sinne des Vertreters, sodaß wir es mit einer Geschäftsführung ohne Auftrag im üblichen Sinne zu tun haben. Nicht so einfach ist der Fall, wenn der Arzt einen Selbstmörder antrifft, der vollkommen normal ist. Wird ein solcher Mensch in seinem Selbstmordversuch gestört, dann sind verschiedene Fälle zu unterscheiden: Der Arzt kann ihn entweder bewußtlos oder bei vollem Bewußtsein antreffen. Ist der Patient bewußtlos, — ebenso ist der Fall, wenn der Patient zwar bei vollem Bewußtsein, aber völlig apathisch daliegt —, dann ist die Lage für den Arzt zweifelhaft und die Beurteilung des Falles sehr schwierig, da der augenblickliche Wille des Selbstmörders zu ungewiß und unsicher ist. Die letzte Handlung des Selbstmörders hat deutlich und klar aller Welt seinen Willen zu sterben, offenbart; wenn er nun daran gehindert ist, so kann der Arzt mit Recht annehmen, daß, wenn der Selbstmörder auch sterben wollte, er doch nicht die Absicht hatte, unter vielen Schmerzen einen langen Todeskampf durchzumachen. [1]) Er nimmt also von dem objektiven Standpunkt aus das berechtigte Interesse und den mutmaßlichen Willen des Selbstmörders an, wenn er ihm seine Schmerzen lindert oder z. B. beim Giftmordversuch ein geeignetes Gegenmittel gibt; kurz: wenn er ihm hilft. Er kann dann natürlich auch gemäß § 683 Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, selbst wenn seine Handlung ohne Erfolg ist. [2]) Erwacht nun der Selbstmörder aus seiner Bewußtlosigkeit und genehmigt die Handlung des Arztes nicht, nimmt aber auch keinen neuen Selbstmordversuch vor, so kann man wohl annehmen, daß er mit der Handlungsweise des Arztes im Grunde doch einverstanden ist und nur das Honorar nicht zahlen will. In solchen Fällen steht dem Arzt ebenfalls Ersatz seiner Aufwendungen gemäß § 683 zu. Wie aber, wenn der Selbstmörder aus seiner Bewußtlosigkeit erwacht und sofort einen neuen Selbstmordversuch unternimmt? Kann in solchen Fällen der Arzt keine Ansprüche geltend machen? Würde er sogar dem Selbstmörder für jeden Schaden, der durch seine hilfreiche Tätigkeit entsteht, auch noch gemäß § 678 für jeden Zufall haften? Das kann und darf nicht sein. Dagegen sträubt sich unser Rechtsgefühl, einen hilfreichen Menschen für seine aufopfernde, mildtätige Fürsorge gleichsam zu bestrafen. Wie ist das aber mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu vereinbaren? Unter dem wirklichen mutmaßlichen Willen ist nur der rechtlich beachtliche Wille zu verstehen. [3]) Der Wille, sich selbst zu töten, verstößt jedoch gegen die göttlichen Gebote. Diese Gebote müssen von der Christenheit anerkannt werden; wer sie übertritt, verstößt gegen eine Anschauung aller wahrhaft christlichen Mitmenschen, gegen deren gute

---

[1]) Vgl. Rosenberg in Gerichtssaal. Bd. 62. S. 75.

[2]) Vgl. dazu Enneccerus § 387. I. a; Komm. d. RG-Räte I. 509. zu § 677 Nr. 4; Oertmann 815 zu § 677. I. d; Staudinger 12, 122 zu § 683. I. a.

[3]) S. Ebermeyer in L. Z. 1914. S. 1703.

Sitten. Wenn also der Arzt einem Selbstmörder gegen dessen Willen, der, da er wider die guten Sitten verstößt, gemäß § 138 BGB. rechtlich irrelevant ist, hilft, dann steht ihm trotzdem § 817 BGB. zufolge der Anspruch aus einer ungerechtfertigten Bereicherung zu.

Im übrigen würde es ja in der Praxis dem Arzt freistehen, sich an die Bekannten und Verwandten des Selbstmörders, die ihn herbeigerufen haben, und mit denen er stillschweigend einen Vertrag zugunsten des Selbstmörders geschlossen hat, zu halten.[1])

Wir sehen also, daß der Arzt als Geschäftsführer ohne Auftrag stets Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann. Für seine Haftung gilt, sofern nicht für die Geschäftsführung ohne Auftrag schon etwas besonderes gesagt ist, was oben beim Vertrag über Kunstfehler, Verschulden — Vorsatz und Fahrlässigkeit —, Schaden und Kausalzusammenhang ausgeführt ist. Während sich beim Vertrage zwei oder mehrere Personen vorher einigen, kommt die Einigung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag erst zustande, wenn die Rechtsverhältnisse schon geregelt sind; erst dann genehmigt der Geschäftsherr die Handlungsweise seines Geschäftsführers.

Ob die Zustimmung aber — wie beim Dienstvertrag — vor — oder wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag — nach der Behandlung des Arztes erfolgt, ist sowohl für den Honoraranspruch als auch für den evtl. Schadenersatzanspruch vollkommen gleichgültig. Der Honoraranspruch, der im Ersatz der Aufwendungen des Arztes besteht, ist leicht zu bemessen, weniger einfach ist die Regelung des Schadenersatzanspruches, über die später noch zu sprechen ist.

C. Die Haftpflicht des Arztes aus einer unerlaubten Handlung

§ 13.

Die objektiven Tatbestandsmerkmale der unerlaubten Handlungen.

Enthält der schuldhaft in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung des Arztes verursachte Kunstfehler zugleich eine widerrechtliche Verletzung des Patienten im Sinne des § 823 BGB., so steht dem Verletzten neben der Klage aus dem Vertrage bezw. der Geschäftsführung ohne Auftrag noch eine zweite Klage zu, nämlich die aus dem Delikt.

§ 823. I. verlangt an objektiven Voraussetzungen einen durch widerrechtlichen Eingriff in die hier erwähnten Rechtsgüter entstandenen Schaden.

Es ist zunächst zu prüfen, ob durch eine ärztliche Behandlung eines der in § 823. I. angeführten Rechtsgüter verletzt wird. Schadensersatzpflichtig ist, „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt." Es kommt bei einer ärztlichen Behandlung vor allen Dingen wohl die Körperverletzung in Betracht. Dieser Begriff der Körperverletzung deckt sich mit dem strafrechtlichen Begriff in den §§ 223 ff. des St. G. B. Danach versteht man unter Körperverletzung

[1]) S. Staudinger Anm. 4 zu § 680; anderer Ansicht anscheinend Ebermeyer S. 19; Komm. d. RG.-Räte Anm. 1 zu § 680.

„die Beeinträchtigung des leiblichen oder geistigen Bestandes einer Person.“[1]) Ich möchte annehmen, daß es sich z. B. bei einer ärztlichen Operation stets um eine Körperverletzung handelt. Das Kammergericht[2]) definiert die Operation als eine zu Heilzwecken vorgenommene Tätigkeit, durch die ein Eingriff durch die Haut in den Körper ausgeführt wird. Anderer Ansicht ist mit Recht das Reichsgericht[3]), das unter einer Operation auch solche Eingriffe am menschlichen Körper versteht, die ohne Verletzung der Haut vorgenommen werden, z. B. Geraderichtung gebrochener Glieder, Beweglichmachen steifer Gelenke rc. Jeder operierende Arzt nimmt also eine Körperverletzung vor. Das Strafrecht unterscheidet nun bei der Körperverletzung die sog. Mißhandlung, worunter nicht jede, sondern nur eine solche Einwirkung auf den Körper eines anderen zu verstehen ist, welche eine nicht unerhebliche Störung des körperlichen Wohlbefindens herbeizuführen geeignet ist, und die Gesundheitsbeschädigung, d. i. nicht nur Beschädigung der leiblichen, sondern auch der geistigen Gesundheit.[4]) Ob durch den Arzt der Körper (Operation) oder die Gesundheit verletzt ist, braucht nicht untersucht werden, da beide Begriffe sowohl im BGB. §§ 823, 843, 845, 847, als auch im St. G. B. §§ 223, 230, nebeneinander angeführt sind.

Es ist ferner erforderlich, daß die Körperverletzung bezw. Gesundheitsbeschädigung durch die Behandlung des Arztes herbeigeführt ist. Diesem Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg gelten meine obigen Ausführungen unter § 8.

§ 823 verlangt ferner zur Begründung der Haftung Widerrechtlichkeit der Handlung. Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist im BGB. nicht geregelt, wenn wir von der verbotenen Eigenmacht im § 858 absehen. Wir sind daher auf den Begriff im Strafrecht angewiesen. Die Widerrechtlichkeit besteht in einem Verstoß gegen ein Rechtsverbot oder Rechtsgebot, wenn nicht ausnahmsweise solche Handlungen (§ 904 BGB.) erlaubt sind.[5]) Im Strafrecht sind die Merkmale der Rechtswidrigkeit nicht positiv bestimmt, sondern nur Gründe dargelegt, die die Rechtswidrigkeit aufheben.[6]) Auch im Zivilrecht ist der Begriff, wie Enneccerus ihn definiert, nicht ganz unzweifelhaft. Er bedarf daher noch einer näheren Erläuterung. Man faßt den Begriff entweder so auf, daß jede der im § 823 genannten Verletzungen ersatzpflichtig macht, solange sie nicht aus einem besonderen Grunde rechtmäßig sind, oder aber, daß die Verletzung nur dann Ersatzpflichten hervorruft, wenn sie gegen eine sonstige Bestimmung des Strafrechtes oder des bürgerlichen Rechtes verstößt.[7]) Erstere Ansicht[8]) ist wohl mit Recht die geltende; denn aus dem Sinne des § 227. I. BGB. ergibt sich, daß eine an sich widerrechtliche Handlung nicht rechtswidrig ist, wenn sie durch Notwehr geboten ist.[9]) Sie wird

[1]) Meyer—Allfeld S. 391.
[2]) Gruchot 48. Bd. S. 1053.
[3]) R. G. a. a. O. S. 1051.
[4]) Meyer—Allfeld S. 392/93.
[5]) Eneccerus S. 677.
[6]) v. Liszt, Grenzgebiete usw. S. 34.
[7]) Oertmann S. 1066.
[8]) So auch E. RG. Str. Bd. 25. S. 378.
[9]) S. Seuff. Arch. 62. Bd. S. 262.

auch von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten.[1]) In den Motiven[2]) werden vier Gruppen von widerrechtlichen Handlungen unterschieden, aus denen sich klar ergibt, daß die Fälle der letzten Theorie nicht die einzigen sind, die eine Widerrechtlichkeit erzeugen. Unser Fall würde unter die 2. Gruppe der dort aufgezählten Handlungen fallen, da gegen einem anderen zustehendes absolutes Recht, wie Leben, Körper, Gesundheit verstoßen wird. Führt also der Arzt, der mit dem Patienten keinen Vertrag geschlossen hat, an demselben eine Operation aus, die, wie oben festgestellt ist, objektiv als Körperverletzung anzusehen ist, so stellt sich der durch diese Handlung herbeigeführte Erfolg als ein Eingriff in fremde Rechte dar. Eine Widerrechtlichkeit wäre also zu bejahen.

§ 14.

Die Einwilligung des Patienten zur Vornahme einer unerlaubten Handlung.

Es ist nun zu prüfen, ob es nicht Momente gibt, durch die die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen werden kann. Solche Momente gibt es im BGB. §§ 228, 904, St. G. B. § 54, die vom Notstand handeln. Trotzdem scheiden diese Vorschriften für das geltende Recht aus, da der Notstand der §§ 228 und 904 sich nur auf Sachen bezieht, Körperteile und Organe eines lebenden Menschen aber keine Sachen sind. § 54 des St. G. B. bezieht sich nur auf Angehörige, kommt also für den Arzt nur dann in Betracht, wenn er zufällig seine Frau oder seine Kinder behandelt. Mit dieser Notstandstheorie, die schon v. Stooß[3]) lehrt, kommen wir daher nur in den seltensten Fällen zum Ziel. Wir müssen also, um dem Arzt Operationen gestatten zu können, einen anderen Modus finden, durch den die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen wird. Zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit gelangen wir durch die Einwilligung dessen, der durch die an sich widerrechtliche Handlung betroffen werden soll. Wir haben hier in der Einwilligung zu unerlaubten Handlungen ein ähnliches Gebilde wie beim Vertrag. Wie bei einem Vertrage nie von Rechtswidrigkeit die Rede sein kann, da die allgemeine Rechtspflicht, niemand körperlich zu verletzen, durch die Willenseinigung der beiden Personen über die zu regelnden Rechtsverhältnisse gemindert ist, so wird bei unerlaubten Handlungen die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des leidenden Teiles ausgeschlossen.[4]) Abgesehen von Impfungen (lt. Impfgesetz v. 8. April 1874) und von der Zwangsheilung der unter Kontrolle stehenden Prostituierten[5]) und der durch das Ges. v. 18. 2. 27, bes. § 2,

[1]) Planck 2. Bd. S. 976; Oertmann S. 1066; Endemann § 201. Nr. 2. S. 1268.

[2]) Mot. 2. Bd. S. 726.

[3]) v. Stooß S. 33.

[4]) In der Literatur bekommt man auf die Frage, warum die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, die verschiedensten Antworten: Die einen nennen als sog. Rechtsgrund, der die ärztliche Körperverletzung rechtfertige und ihre Rechtswidrigkeit ausschließe, den Zweck, den der Arzt mit seiner Behandlung erreichen wolle; andere ein Berufsrecht des Arztes; dritte weisen ein Gewohnheitsrecht des Arztes nach. Auf alle diese Theorien einzugehen, halte ich für überflüssig, da es hinreichend bei Klamroth und Schütze a. a. O. geschehen ist.

[5]) Auch hier soll nur das Publikum oder einzelne Mitglieder desselben vor der ihm drohenden Gefahr geschützt werden. Vgl. auch den gleichen Gedanken im Pr. ALR. § 10, II 17.

Betroffenen hat jeder Mensch das Recht, einem Arzt die Behandlung seines Körpers zu verbieten; andererseits darf der Arzt jede Behandlung am Kranken vornehmen, wenn er dessen Einwilligung hat. Natürlich ist diese Einwilligung nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt oder wenn sie gar strafbar ist; z. B. eine Einwilligung in einen operativen ärztlichen Eingriff zum Zwecke der Abtreibung oder zur Verhütung von Konzeptionen. So ist die Einwilligung ohne Bedeutung in einem Falle, den Galli [1]) erzählt: Ein Arzt wird zu einer Kreißenden gerufen. Die Nabelschnur ist vorgefallen. Das Kind stirbt, wenn es nicht gewendet wird. Der Arzt schlägt deshalb der Mutter vor, das Kind so zu wenden, daß es statt Kopf- Fußlage hat. Die Mutter verweigert ihre Einwilligung, da sie kein lebendes Kind gebären, die lebende Frucht also töten will. In diesem Falle muß der Eingriff gegen den Willen der Mutter vorgenommen werden, da die Mutter töten will. Der Arzt darf, so schreibt Galli mit Recht, zur Ausübung dieses Vorhabens nicht mitwirken, auch nicht durch Unterlassung eines im Zusammenhang seiner Entbindungstätigkeit gebotenen Handelns, da er sich sonst der Beihilfe zum Mord, Totschlag, Kindesmord StGB. §§ 211, 212, 217, 222 schuldig macht. Anders liegt der Fall, wenn die Mutter übergroße Schmerzen oder gar den Tod befürchten muß. — Wenn aber dagegen ein Arzt seinem Patienten eine lebensgefährliche Operation vorschlägt, um denselben vor dauerndem Siechtum zu bewahren, so handelt er nicht gegen die guten Sitten und die evtl. Einwilligung ist wirksam; bezweckt er aber durch eine schwere Operation nur die Beseitigung eines Schönheitsfehlers, dann ist die vom Patienten gegebene Einwilligung als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig; m. a. W.: Zur Einwilligung muß noch hinzukommen, daß ihr Zweck nicht verwerflich ist. [2]) Diese Einwilligungstheorie ist von der Mehrzahl der Schriftsteller [3]) anerkannt.

Eine Frage, die eigentlich Voraussetzung der Einwilligung ist, ist die, ob der Arzt verpflichtet ist, dem Kranken genaue Auskunft über den Stand seiner Krankheit und über den Ausgang der Operation, der der Patient zustimmen soll, erteilen muß. Soweit ich gesehen habe, lehnt die gesamte Literatur diese Auskunftspflicht mit der Begründung ab, daß dieselbe für den Kranken schädlich sein könne, daß er vor Furcht die Zustimmung zur Operation verweigern oder, daß sie ihm alle Hoffnung auf Genesung rauben könne ꝛc. Ich halte diese Aufklärungspflicht des Arztes prinzipiell *unbedingt* für erforderlich. Da die rechtlich wirksame Einwilligung des Patienten einen wahrheitsgemäßen Bericht seitens des Arztes über den derzeitigen Stand der Krankheit voraussetzt, wie andererseits die Einwilligung des Patienten auf Grund unwahrer Angaben des Arztes eine rechtswidrige formelle Sache ist, die vollkommen wertlos ist, so ist es unter allen Umständen erforderlich, daß der Arzt seinem Patienten — wenn auch in schonender Form — die reine Wahrheit sagt. Wenn manche Schriftsteller behaupten, ein wahrheitsgemäßer Bericht sei dem Patienten in dieser seiner ernsten Lage nicht zuträglich, so halte ich diese Erwägungen

---

[1]) Galli in L. Z. 1914.
[2]) S. Zitelmann im A. Z. P. Bd. 99. S. 87.
[3]) Vgl. Schütze S. 23 und Klamroth S. 19 Anm. 2.

für sehr zweifelhaft. Nur zu schnell wird der Kranke merken, daß er sich auf die Angaben seines Arztes nicht verlassen kann, wodurch sehr bald Mißtrauen und Zweifel des Kranken erregt werden, die auf seinen Krankheitszustand auch nicht gerade übermäßig wohltuend und günstig einwirken. Dagegen wird jeder Kranke zu einem Arzte, von dem er weiß, daß er ihm unter allen Umständen die Wahrheit sagt, unbedingtes Vertrauen hegen. M. E. können hier die Vorschriften des § 675 BGB., der auf den § 666 verweist, analoge Anwendung finden; gemäß § 666 würde aber der Arzt verpflichtet sein, seinem Patienten über den Stand seiner Krankheit Auskunft zu erteilen.

Ist der Patient in der Tat nicht mehr fähig, seine Einwilligung zu irgend einem ärztlichen Eingriff zu geben, sei es, daß er sich in einem Zustande befindet, in dem ihn jede Frage über seine Krankheit unverhältnismäßig stark erregt, sei es, daß er überhaupt verhandlungsunfähig ist (Bewußtlosigkeit, Apathie), dann mag der Arzt, nachdem er die Ansicht und den Rat (nicht die Zustimmung!) der Angehörigen gehört hat, nach eigenem Ermessen als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln.

Wir sehen also, daß ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit nur durch die Einwilligung des Patienten, die aber weder strafbar sein noch gegen die guten Sitten verstoßen darf, möglich ist; daß aber die Einwilligung auch nur dann von rechtlicher Bedeutung ist, wenn sie ein Patient abgegeben hat, der sich der Bedeutung und Tragweite derselben voll und ganz bewußt ist.

§ 15.

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale einer unerlaubten Handlung.

Sodann verlangt § 823. I. auch noch die subjektive Voraussetzung und zwar vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln, worüber das schon beim Vertrage Ausgeführte gilt. (vgl. §§ 6 u. 7.)

§ 16.

Das Wesen der Schutzbestimmung im § 823. II.

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch auf Grund des § 823 II. Voraussetzung ist ein Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz. Es würde beim Arzt im allgemeinen eine Handlung gegen den § 230 des StGB. in Frage kommen, wonach der bestraft wird, der durch Fahrlässigkeit die Gesundheit oder den Körper eines anderen verletzt. Gehört diese Vorschrift zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823. II?

Ueber den Begriff herrscht Streit. Nach der einen Auffassung versteht man unter Schutzgesetz die zum Schutze der Interessen anderer erlassenen Vorschriften; sei es, daß sie den Tatbestand eines Verletzungsverbrechens bilden, sei es, daß sie rein vorbeugender Natur sind, selbst privatrechtliche Vorschriften.[1]) Eine andere Ansicht[2]) geht dahin, daß hierunter nur die polizeilichen Vorschriften zu verstehen sind; doch wird

[1]) S. Träger S. 376.

[2]) v. Liszt, Deliktsobligationen S. 32 ff.

diese Ansicht schon dadurch hinfällig, daß der Gesetzgeber selbst [1]) die Strafgesetze als Hauptanwendungsfall für die Schutzgesetze bezeichnet. Andererseits wird vom Gesetzgeber auch noch verlangt, daß es darauf ankommen müsse, ob das verletzte Gesetz zum Schutze der geschädigten Interessen bestimmt sei. Daher ist die Ansicht Trägers wohl die richtige; denn sie erfaßt den Sinn und Zweck des Schutzgesetzes, so wie ihn der Gesetzgeber sich gedacht hat, am besten. Dieselbe Ansicht vertritt auch Endemann [2]), der die Haftung aus § 823. II. nur dann gelten lassen will, wenn gerade gegen das Rechtsgut verstoßen worden ist, zu dessen Schutz das Gesetz bestimmt ist. Damit ist die Ansicht Linckelmanns [3]), der den Begriff noch enger als v. Liszt faßt, erledigt. Uebrigens hat sich auch das Reichsgericht [4]) im Sinne Trägers entschieden. Ich halte diese Ansicht für richtig, da hierdurch dem Verletzten erst die Möglichkeit gegeben ist, sicher zu seinem Rechte zu gelangen. [5])

Ein Arzt würde also gegen StGB. § 230 verstoßen, wenn er, wie oben ausgeführt, durch eine fahrlässige Operation eine Körperverletzung seines Patienten herbeiführt. § 230 des StGB. bezweckt den Schutz eines der subjektiven Persönlichkeitsrechte, nämlich des Körpers und ist daher als Schutzgesetz zu bezeichnen. [6]) Wenn der Arzt also in dieses Rechtsgut eingreift, ist seine Haftung aus § 823. II. begründet. Sein Patient kann in einem solchen Falle auf Grund des § 823. II. gegen den Arzt vorgehen und gegen ihn, da eine unerlaubte Handlung in Frage kommt, ebenso wie aus § 823. I. klagen.

§ 17.

Die Gesetzeskonkurrenz aus § 823. I. und § 823. II.

Es ist weiter das Verhältnis der §§ 823. I. und 823. II. zu einander zu prüfen. Es ist hier ein Fall der sog. Gesetzeskonkurrenz gegeben, da ein und derselbe Tatbestand nach dem für ihn erforderlichen Begriffsmerkmalen unter mehrere Gesetzesvorschriften fällt. [7])

In unserem Falle haben wir zwei Anspruchsgruppen zu unterscheiden, die eine aus § 823. I, die andere aus § 823. II. Die gruppenweise Zusammenfassung ist aber für die Beurteilung belanglos, da diese Gruppen genau so konkurrieren, wie einfache Ansprüche. Wenn zwei Ansprüche konkurrieren, d. h. auf Befriedigung desselben Interesses gerichtet sind, so kann der Berechtigte, was er infolge des einen Anspruches erlangt hat, nicht mehr mit dem anderen verlangen, da der Anspruch auf Befriedigung eines bereits befriedigten Anspruches undenkbar ist. [8])

Beiden Anspruchsgruppen ist der Zweck, nämlich die Befriedigung desselben Interesses, gemeinsam. Folglich kann man auch nur nach § 823. I. oder § 823. II. vorgehen; das sind nicht deshalb zwei Ansprüche,

[1]) Prot. 2. Bd. S. 573.
[2]) Endemann, Lb. 1. Bd. S. 1263.
[3]) Linckelmann im A. B. R. Bd. 13. S. 88.
[4]) E. RG. Z. Bd. 79. S. 91 ff.
[5]) Vgl. auch Detmold a. a. O.
[6]) So auch Lindemann—Sörgel S. 899.
[7]) Hellwig, System usw. I. Teil S. 323.
[8]) Vgl. Enneccerus I. 2. S. 567.

weil der Anspruchsinhalt sich aus mehreren Gesetzesvorschriften herleiten läßt. Dieses Ergebnis — „elektive Konkurrenz" — halte ich für richtig und zwar deshalb, weil es, wie es die „kumulative Konkurrenz" erfordert, unbillig wäre, wegen eines Verstoßes gegen mehrere Gesetze durch die gleiche Tat dem Verletzer für jeden Verstoß die gleiche Schadensersatzpflicht so oft aufzubürden, wie Gesetze verletzt sind, und besonders, weil nur der Schaden zu ersetzen ist. Ist dieser einmal ersetzt, kann er auf Grund einer anderen Vorschrift nicht mehr gefordert werden.[1])

§ 18.

Zusammentreffen der Vertrags- und Deliktshaftung.

Bevor ich jetzt zum Umfang der Schadensersatzpflicht übergehe, möchte ich noch eine Untersuchung vorausschicken, ob es möglich ist, daß eine Vertragshaftung mit einer Deliktshaftung zusammentrifft, und welche Folgen daraus entstehen.

Ueber diese Frage, die praktisch von großer Bedeutung ist nicht nur wegen der Verschiedenheiten der Verjährungsfristen bei Vertrags- und Deliktshaftungen, sondern besonders auch wegen der Schärfe der Verantwortlichkeit, herrscht lebhafter Streit. Von den vielen Theorien möchte ich nur die erwähnen, die, wie das auch mit Recht die h. M. tut, die Lösung nur durch das Anerkenntnis eines Nebeneinander bringt.

Zur Gruppe derer, die mehrere Ansprüche nebeneinander anerkennen, ist auch v. Liszt[2]) zu zählen. Er geht ganz richtig von der Möglichkeit mehrfacher Ansprüche aus. Doch machen zwei Einschränkungen seine Ansicht im Grunde unhaltbar. Er will nämlich, wenn nach Vertrag schwerere Haftung ausgeschlossen ist, diese auch für Delikte ausschließen, und zweitens bei dem nach § 276. II möglichen Erlaß der Fahrlässigkeit eine Verfolgung wegen unerlaubter Handlung ausschließen. Auch diese Ansicht geht zu weit; woher nimmt v. Liszt das Recht, die Vorschriften über die Deliktshaftung nach denen der Vertragshaftung zu kürzen? Dazu ist es auch ein sehr willkürliches Verfahren, wenn ich gerade diese Beziehung zwischen Vertrag und Delikt als maßgebend hinstelle.

v. Blume[3]) formuliert die Kernfrage des ganzen Problems folgendermaßen: Es sei nicht die Frage, ob neben dem Anspruch aus unerlaubter Handlung ein Anspruch auf Ersatz desselben Schadens auf Vertrag sich gründen könne, — was wohl zu bejahen sei, — sondern ob neben der vertragsmäßig begründeten Pflicht, einen bestimmten schädlichen Erfolg zu vermeiden, die allgemeine Pflicht der Schadensvermeidung bestehen bleibt. Ob Vertragsrecht das Deliktsrecht ausschließt, hängt von der Frage ab, ob die zu beurteilende Handlung innerhalb der Grenzen der Vertragsrechte und Vertragspflichten liegt; denn, wer die ihm durch den Vertrag gezogenen Grenzen bewußt überschreitet, verletzt damit auch zugleich vorsätzlich seine Vertragspflicht.

Das Ergebnis ist richtig; denn, wenn ich außerhalb des Vertrages handle, entsteht für dieses Handeln die Haftung aus § 823. Wenn ich

[1]) Savigny, a. a. O.
[2]) v. Liszt, Deliktsobligationen S. 12 ff.
[3]) v. Blume im „Recht" 1905 S. 481 ff.

bei Erfüllung eines Vertrages aber außerkontraktlich hafte, muß doch irgend ein Umstand da sein, der zu der außerkontraktlichen Haftung führen müßte. Das kann aber eben, da ich mich nur im Rahmen des Vertraglichen bewege, nur eine Zuwiderhandlung hiergegen, also eine Vertragsverletzung sein.

Damit ist für mich die Frage der Konkurrenz der Ansprüche dahin entschieden, daß diese zu bejahen ist, und zwar in dem Sinne, wie sie Crome und v. Blume formulieren.

Auf die praktische Bedeutung weist uns Dernburg[1]), wonach ein Anspruch auf Vertrag und ein Anspruch aus Delikt sich bei einmaliger voller Befriedigung aufheben, und zwar mit Recht; denn Zweck des Anspruches ist, in beiden Fällen Ausgleich des Schadens. Ist er einmal ausgeglichen, kann er nicht noch einmal ersetzt werden. Insoweit jedoch der eine Anspruch nicht volle Befriedigung gibt, wie z. B. beim Schmerzensgeld der Vertragsanspruch, tritt der Deliktsanspruch ergänzend hinzu.[2])

2. Umfang der Haftung.

§ 19.

Die Haftpflicht des Arztes aus einem Vertrage und aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag.

Nachdem die Voraussetzungen der Haftpflicht, die einem Arzt aus dem Vertrage erwachsen, genügend und eingehend erläutert sind, fragt es sich nun, was man unter dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder besser nicht gehöriger Erfüllung zu verstehen hat. Schadensersatz leisten heißt: Jemanden so weit möglich in dieselbe Vermögenslage bringen, in der er sich befinden würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre.[3])

Durch den nicht ordnungsmäßig ausgeführten Vertrag können die Patienten Auslagen für evtl. Kurkosten haben, die Erwerbsfähigkeit kann gemindert oder gar aufgehoben sein. Sie können also den dadurch entstandenen Schaden bezw. den entgangenen Gewinn m. a. W. Kosten der Heilung bezw. Besserung ihrer Gesundheit und wenn nötig Rente verlangen. Schmerzensgeld können sie auf Grund des Vertrages nicht beanspruchen; denn es handelt sich hierbei um einen Nichtvermögensschaden, für den es nach § 253 BGB. nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen Ersatz gibt. § 847, der einen solchen Ersatz gewährt, hat aber eine unerlaubte Handlung zur Voraussetzung.[4])

§ 20.

Die deliktische Haftung des Arztes gegenüber dem Patienten selbst.

Beim Ersatz des durch Delikt seitens des Arztes verursachten Schadens handelt es sich um Heilungs- bezw. Kurkosten, Rente und Schmerzensgeld. Daß die Ersatzhaftung wegen eines gegen den Patienten gerichteten

---

[1]) Dernburg II. 1. S. 150.
[2]) Vgl. dazu Lent, Gesetzeskonkurrenz.
[3]) Enneccerus I. 2. S. 28.
[4]) Näheres s. § 20 meiner Ausführungen.

Deliktes den Arzt zur Erstattung der Kur- und Heilungskosten verpflichtet, ist nach dem Prinzip des § 249 selbstverständlich.[1]) Der § 249 verpflichtet grundsätzlich zur Wiederherstellung in Natur. Es ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Aus § 249 folgt also, daß der Patient des Arztes von demselben den zur Wiederherstellung der Gesundheit aufgewendeten Betrag verlangen kann, dazu gehören auch evtl. Kurkosten.

Auch der Rentenanspruch ist begründet. Nach § 843 ist Voraussetzung hierfür, daß infolge der Verletzung die Erwerbsfähigkeit des Verletzten gemildert oder gar aufgehoben wird.

Unter Erwerbsfähigkeit versteht man zunächst die Fähigkeit, zu arbeiten und durch den Austausch tatsächlicher Arbeitsleistung einen Erwerb zu machen;[2]) also nicht einfache Erwerbsfähigkeit, sondern die Fähigkeit, durch Arbeit Erwerb zu machen, kurz: verwertbare Erwerbsfähigkeit.

Für die Höhe der Rente kommt es darauf an, wie hoch der Aufwand ist, der durch die wegen der Verletzung nötigen Pflege geworden ist, und wieviel der Kranke, wenn die Behandlung durch den Arzt nicht fehlerhaft gewesen wäre, in der für die Rente in Betracht kommenden Zeit durch Ausnützung seiner Arbeitsfähigkeit erworben hätte.

Der Patient muß, wie oben schon ausgeführt, sich einem Heilverfahren unterziehen, wenn durch dasselbe Aussicht auf Wiederherstellung gegeben ist, da in der Unterlassung desselben von dem Arzt ein mitwirkendes Verschulden des Patienten gefunden werden kann. Dadurch nämlich, daß die Erwerbsfähigkeit evtl. ganz oder z. T. wiedererlangt wird, tritt fraglos eine Minderung des zu ersetzenden Schadens ein, und es ist natürlich, daß der Beschädigte hierzu nach bestem Können beitragen muß, falls er nicht seinen Ersatzanspruch nach § 254 verlieren will.[3]) Die Kosten dieses Heilverfahrens sowie auch die Kosten für evtl. Pflegepersonen, deren vielleicht der Patient sein ganzes Leben hindurch benötigt, hat der Arzt zu ersetzen.

Es fragt sich, wie lange für die Erwerbsunfähigkeit die Rente zu bezahlen ist. Die Rente ist als Ersatz für den ausgefallenen Verdienst bis zu dem Zeitpunkte festzusetzen, wo nach allgemeiner menschlicher Erfahrung im konkreten Fall Alter, Invalidität ꝛc. der Fähigkeit zum Erwerb ein Ende gesetzt hätte.

Wenn es feststeht, daß der Patient, wenn die unglückliche Behandlung nicht erfolgt wäre, auch nicht bis in sein hohes Alter hinein erwerbsfähig geblieben wäre, so hat der Richter diese Grenze der Erwerbsunfähigkeit und damit den Zeitpunkt, bis zu welchem die Rente bezahlt werden soll, festzustellen.

Für den zu gewährenden Ersatzanspruch wird prinzipiell der Gewinn nach den gegenwärtigen Verhältnissen — gewöhnlich des letzten Jahres — maßgebend sein.[4]) Doch kann der Richter nicht allein die jetzigen Verhältnisse zu Grunde legen, sondern es muß m. E. auch die künftige

[1]) Oertmann, Schuldrecht S. 1138.
[2]) Rosin 1. Bd. S. 331.
[3]) S. Seuff. Arch. 63. Bd. S. 353; E. RG. Z. im 60. Bd. S. 148; J. W. 1906. S. 206; 1907. S. 740; 1908. S. 329; 1913. S. 975.
[4]) Vgl. J. W. 1913. S. 987; Warn. 6. Bd. S. 75.

Gestaltung der Rechtsverhältnisse berücksichtigt werden. Wenn es also einem vom Arzt schlecht Behandelten möglich ist, nachzuweisen, daß nach seiner Arbeitskraft, seiner Tüchtigkeit und seinem Ruf mit Gewißheit oder großer Wahrscheinlichkeit eine spätere Erhöhung seiner Einnahmen eingetreten sein würde, so muß er dies alsbald geltend machen, damit der Richter nach freiem Ermessen diese konkreten Umstände bei der ersten Festsetzung der Rente berücksichtigen kann. Tritt jedoch nach der Verurteilung zur Entrichtung der Leistung eine wesentliche Aenderung der Verhältnisse des Verletzten ein, so kann dieser gemäß § 323 Z. P. O. Abänderung des ersten Urteils verlangen.

Andererseits kann der Arzt dafür fordern, daß sein Patient, der vielleicht seinem bisherigen Berufe nicht mehr nachgehen kann, sich, wenn möglich, auf andere Weise einen seinen bisherigen Lebensverhältnissen entsprechenden Erwerb verschafft, selbst wenn derselbe genötigt ist, sich zu diesem Zwecke noch ihm bisher fehlende Fertigkeiten und Kenntnisse anzueignen. Auch dieser Aufwand muß als eine durch den Arzt schuldhaft zugefügten Kunstfehler des Arztes verursachte Vermehrung der Bedürfnisse von dem Arzt getragen werden. Ob allerdings der Patient z. B. bei einem etwaigen Nervenleiden tatsächlich noch in der Lage ist, einen neuen Beruf zu ergreifen, kann nur vom Richter unter eingehender Würdigung aller Umstände des konkreten Falles beurteilt werden.

Ob ein oben erwähnter Berufswechsel einem Menschen zugemutet werden kann, richtet sich ganz nach der Art seiner bisherigen Beschäftigung. Hatte die Tätigkeit des Patienten, die er vor seiner Krankheit ausgeübt hat, mehr den Charakter einer gewöhnlichen Arbeit, so ist er verpflichtet, jede andere Arbeit, die nur Körperkraft oder geringe leicht erreichbare Vorbildung voraussetzt, zu verrichten. Hat er aber bisher Arbeiten geleistet, die eine größere geistige oder technische Vorbildung voraussetzten, so ist ihm nur in diesem oder einem ganz gleichartigen Berufe oder Gewerbe eine Erwerbstätigkeit zuzumuten; m. a. W.: Die neue Erwerbstätigkeit muß den bisherigen bezw. noch vorhandenen geistigen oder körperlichen Kräften des Verletzten entsprechen, sie darf auch für denselben im Vergleich mit seiner bisherigen Beschäftigung und seinem Stande nicht unpassend sein. [1])

Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist kein Vermögensschaden. Es gilt § 253; demnach kann Ersatz in Geld nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen verlangt werden. Im Abschnitt über unerlaubte Handlungen finden wir eine solche Vorschrift in dem § 847, wonach im Falle der Verletzung des Körpers usw. der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen kann.

Es muß also ein Nichtvermögensschaden entstanden sein. Das Gesetz definiert diesen Nichtvermögensschaden nicht; doch ist er ein Schaden, d. h. die auf Beseitigung gerichtete Verpflichtung beruht auf denselben Vorschriften wie beim Vermögensschaden. [2]) Nichtvermögensschaden ist der Unglimpf, den das Subjekt, nicht nur das Vermögen selbst erleidet, wie

---

[1]) Vgl. E. RG. Z. Bd. 53. S. 48; Bd. 70. S. 101; J. W. 1909 S. 495; 1912 S. 597.

[2]) Enneccerus S. 679.

Kummer, Aerger, Aufregung, Schmerzen, Verletzung der Körperintegrität, Beeinträchtigung der Gesundheit, Verluste eines Gliedes oder eines Sinnes.[1]) Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist also bei jedem operativen Eingriff, selbst bei günstigem Ausgang gegeben, wenn der Patient nicht eingewilligt hat. Streitig ist nur, ob diese Entschädigung auch in Form einer Rente gewährt werden kann. Das wird von Planck[2]), Fischer[3]), Staudinger[4]) und dem Oberlandesgericht Hamburg[5]) verneint. Anderer Ansicht sind Dernburg,[6]) Oertmann[7]) und der Kommentar der Reichsgerichtsräte[8]), die die Zuerkennung der Entschädigung auch in Form einer Rente für möglich halten. Da eine positive Bestimmung im BGB. darüber fehlt, entscheidet m. E. hier freies richterliches Ermessen. Regelmäßig wird zwar die Entschädigung des § 847 in Kapital zu erfolgen haben; da aber die Rente nur eine besondere Form und auf die Ansprüche aus den §§ 843—845 keineswegs beschränkt ist,[9]) so wird in Ausnahmefällen, z. B. bei dauernden Nachteilen, die Entschädigung auch in Form einer Rente erfolgen können.

§ 21.

Die deliktische Haftung des Arztes gegenüber den Angehörigen seines Patienten.

Ist durch die schuldhafte unsachgemäße Behandlung des Arztes der Tod seines Patienten eingetreten, so gehen alle Ansprüche — sowohl die verauslagten Heilungskosten, Arzt-, Arznei- und Kurkosten, als auch die Rente — gemäß § 1922 BGB. auf die Erben des Verstorbenen über. Dabei ist zu unterscheiden, ob z. B. die Witwe alleinige Erbin oder Miterbin ihres Mannes ist. Ist sie alleinige Erbin, dann geht das Vermögen desselben als ganzes nach § 1922 auf sie über. Da das Vermögen der Inbegriff aller geldwerten Rechte einer Person ist, fallen ihr in diesem Falle alle Rechte und Ansprüche, die ihrem Manne bei Lebzeiten zustanden, also auch die Ersatzansprüche an den Arzt, zu. Anders ist es in dem Falle, wo die Witwe nur Miterbin ist. In diesem Falle geht das Vermögen gemäß § 2032 auf die Miterbengemeinschaft, die eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist (§ 2033), über. Nach § 2039 kann eine Witwe ihre Rechte und Ansprüche gegen den Arzt als Miterbin zwar allein geltend machen, aber nur unter Leistung an alle Erben.

Die Ansprüche der mittelbar Verletzten gegen den Arzt auszuführen, würde über den Rahmen dieser Arbeit weit hinausgehen, ich begnüge mich daher, bezüglich derselben auf die Vorschriften des § 844 BGB. zu verweisen.

---

[1]) Vgl. Fischer S. 295 ff.
[2]) Planck Bem. 3 zu § 847.
[3]) Fischer S. 310.
[4]) Staudinger Bem. 4 zu § 947.
[5]) E. OLG. 18. Bd. S. 106.
[6]) Dernburg, Schuldrecht § 388, 3.
[7]) Oertmann Bem. 4 zu § 847.
[8]) Komm. d. RG. Räte Bem. 5 zu § 847.
[9]) Vgl. E. RG. Z. 68. Bd. S. 431.

II. Teil.

Die Haftpflicht des Arztes für seine Hilfspersonen.

§ 22.

Die Haftung für das Handeln eines Erfüllungsgehilfen in Ausführung der Erfüllungshandlung.

Während wir bisher die Haftpflicht eines Arztes, der für sich selbständig eine Praxis betreibt, untersucht haben, soll nun noch einiges über die Haftpflicht eines Arztes für seine Hilfspersonen gesagt werden, und zwar soll eine evtl. Haftung aus §§ 278, 831 BGB. geprüft werden.

Wer Hilfsperson in diesem Sinne ist, ist quaestio facti. Assistent, Wärter und Krankenschwester sind wohl stets hierunter zu zählen. Wie steht es aber mit dem übrigen Dienstpersonal des Arztes? Wer haftet, wenn das Dienstmädchen oder der Chauffeur eine wichtige Bestellung des Kranken vergißt? Kommt jemand in Abwesenheit des Arztes zum ersten Mal und bittet das Dienstmädchen um eine Bestellung, die dieses vergißt, dann haftet der Arzt nicht, da das Dienstmädchen als Bote des Erklärenden gleichsam dessen verlängerter Arm ist, dem dieser auf seine Gefahr die Botschaft überträgt.[1])

Im Folgenden soll der Klarheit halber nur von solchen Leuten die Rede sein, die wie Assistent, Wärter und Krankenschwester stets als Hilfsperson des Arztes auftreten. Es ergibt sich die Frage, ob ein Arzt seine Dienste durch einen sog. Erfüllungsgehilfen anbieten kann, obwohl im Gesetz § 613 S. 1 ausdrücklich steht: Der zur Dienstleistung verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. „Im Zweifel" bedeutet jedoch nichts anderes als „wenn nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt oder laut vernünftiger Verkehrssitte stillschweigend vereinbart ist". Verkehrssitte ist es aber, wenn z. B. der Arzt eines größeren Krankenhauses, der bei der Fülle der Arbeit nicht in der Lage ist, jeden Patienten selbst zu behandeln, durch seinen Assistenten die Patienten untersuchen läßt. Ebenso weiß jeder, daß der Operateur in einer Klinik die Operationen nicht selbst vorbereiten kann, sondern daß er alles durch eine Krankenschwester präparieren läßt.

Nach § 278 hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Voraussetzung ist danach das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit zwischen dem Arzt und dem Kranken. Wenn der Arzt den Patienten ärztlich behandeln z. B. operieren will, so hat er zweifellos die Verpflichtung, eine ordnungsmäßige Leistung zu gewähren und zwar auch hinsichtlich der Haftung für das Versehen seiner Hilfspersonen. Lassen die Hilfspersonen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, so müssen die entsprechenden allgemeinen Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen.[2]) Voraussetzung ist nach § 278 ein Handeln des Erfüllungs-

[1]) Hellwig, in J. W. 1905. S. 357; Aßmann S. 66.
[2]) So E. RG. Z. Bd. 54. S. 53 bes. S. 59.

gehilfen in Ausführung der Erfüllungshandlung. In den Kreis der Erfüllungshandlung fällt aber die gesamte Betätigung, die sich auf die Heilbehandlung des Kranken bezieht; dazu gehört auch z. B. eine Vorbereitung zu einer Operation, die nicht vom Arzt selbst, sondern von seiner Krankenschwester oder von seinem Wärter besorgt wird. Erleidet also der Kranke infolge der Behandlung einen Schaden, z. B. eine Blutvergiftung dadurch, daß vor der Operation die Instrumente durch den Wärter nicht genügend ausgekocht sind, so ist der Arzt selbst haftbar, wenn der Schaden auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit eines seiner Erfüllungsgehilfen zurückzuführen ist. Fahrlässig handelt gemäß § 266, wie schon oben aufgeführt, der, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt, wobei der objektive Maßstab anzulegen ist, was der verkehrstüchtige Mensch bei dem Verhältnis, um das es sich handelt, voraussehen konnte, nicht das, was er bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit nach seiner eigenen Einsicht hätte voraussetzen müssen. [1])

Enthält die schuldhafte Schadenszufügung in Erfüllung einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Verpflichtung des Geschäftsherrn zugleich eine widerrechtliche (über den Begriff Widerrechtlichkeit vgl. meine früheren Ausführungen S. 23/24) Verletzung durch die Hilfspersonen bei Ausführung der ihnen übertragenen Verpflichtung, so kann neben § 278 noch § 831 zur Anwendung kommen, obgleich die rechtliche Grundlage beider verschieden ist. [2])

§ 23.

Die Haftung für das Handeln eines Gehilfen in Verrichtung seiner Verbindlichkeit.

Nach § 831 haftet, wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, für den Schaden, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten zufügt. Die Ersatzpflicht, selbst für den Vorsatz seines Assistenten, tritt nicht ein, wenn der Arzt bei Auswahl desselben die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. Voraussetzung ist eine widerrechtliche Handlung des Assistenten oder des Wärters in Ausführung der Verrichtung, nicht etwa „bei Gelegenheit" der Erfüllung. Falls sich also die Flammen der Liebe über einen von einem Arzt angestellten Wärter und über eine bildschöne Patientin, die dieser zu betreuen hat, ergießen, dann braucht der Arzt, als Inhaber der Privatklinik, nicht etwa Entbindungskosten und Alimente zu bezahlen. „In Ausführung der Verrichtung" muß die Hilfsperson also den Schaden zufügen. Wenn der Assistent nachts vom Kranken gerufen wird, und er verbrennt mit seinem Kerzenlicht, das er zur Erleuchtung des Zimmers in der Hand hat, die Kleidung des Patienten, so ist der Arzt ersatzpflichtig; geht er jedoch, eine Zigarre rauchend, durch das Krankenzimmer und verbrennt dabei einen Anzug, so ist der Assistent selbst zum Schadensersatz verpflichtet. — Eine weitere Voraussetzung ist, daß es sich um eine widerrechtliche Handlung des Bestellten in Ausführung der Verrichtung handelt, „für die der Geschäfts-

[1]) Subjektiver Maßstab! So auch das RG. in J. W. Jahrg. 1903 S. 96; Cosack Bd. I. S. 236.

[2]) Komm. d. RG.-Räte Anm. zu § 831 S. 909/10; Oertmann S. 1097.

herr einzutreten hat, weil er schuldhafter Weise die Auswahl des Bestellten getroffen hat." § 831 stellt also eine doppelte Vermutung auf, die der Geschäftsherr zu entkräften hat: einmal die schuldhafter Weise ungenügende Auswahl des Gehilfen, sodann die infolge dieser ungenügenden Auswahl verursachte Schadenszufügung.[1]) Die Erfüllungsgehilfen des Arztes sind zur Krankenpflege bestellt. Diese allgemeine Bestellung zur Krankenpflege umfaßt alle in diesen Rahmen fallenden einzelnen Handlungen und Verrichtungen. Es ist nicht erforderlich, daß der Wärter zu der einzelnen Verrichtung besonders bestellt wird.[2]) Erfährt mithin ein Kranker bei einem Arzte eine unrichtige, ihm Schaden zufügende Behandlung, die auf einer widerrechtlichen, in Ausführung der Krankenpflege von dem Wärter begangenen Behandlung beruht, so ist der Arzt grundsätzlich zum Ersatz des dem Kranken hieraus erwachsenen Schadens verpflichtet. Er kann sich aber von der hierdurch begründeten Ersatzpflicht durch den Nachweis befreien, daß er bei der Auswahl des Wärters die erforderliche Sorgfalt geübt habe. Ich nehme an, daß trotz der großen Anforderung, die an diesen Exkulpationsbeweis gestellt werden, dieser dem Arzt im allgemeinen ziemlich leicht gelingen wird; denn im eigensten Interesse wird er nur ihm als zuverlässig empfohlene Leute als Wärter und gründlich ausgebildete Kräfte als Assistenten und Krankenschwester anstellen. Wenn dieser Exkulpationsbeweis gelingt, was wohl unterstellt werden darf, kommt für den Arzt nur eine Haftung aus § 278 in Frage.

Kurz zusammengefaßt sehen wir also, daß § 278 im Hinblick auf die Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 ff.) bestimmt, daß der Schuldner ein Verschulden — Vorsatz und Fahrlässigkeit § 276 — seines gesetzlichen Vertreters oder der Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Zu seinen Voraussetzungen gehört also ein Schuldverhältnis;[3]) unerlaubte Handlungen im Sinne des § 823 ff. werden nicht von ihm betroffen; ferner ist zu seiner Anwendung ein Verschulden des Erfüllungsgehilfen nötig. Anders ist das im Falle des § 831, der den Tatbestand des § 823 „unerlaubte Handlungen" und kein Schuldverhältnis voraussetzt. In diesem Rahmen soll der Arzt zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, den sein Assistent oder Wärter in Ausführung der Verrichtung einem Patienten widerrechtlich zufügt, wobei ihm aber die Möglichkeit einer Exkulpation — vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 — gegeben ist. Im Gegensatz zu § 278 ist also im Falle des § 831 nie ein Schuldverhältnis und auch nie eine objektive Schuld des Angestellten möglich, es genügt vielmehr objektive „Widerrechtlichkeit".[4]) Dafür hat aber § 831, wie die Exkulpationsmöglichkeit zeigt, ein Verschulden des Geschäftsherrn zur Voraussetzung. Ferner gehört zu den Voraussetzungen des § 831, daß der Schaden „in Ausführung der Verrichtung" zugefügt ist, nicht wie z. B. im Pr. ALR. § 50. I. 6 „bei Ausführung des Auftrages", die schädigende Handlung muß also im engeren, inneren Zusammenhang mit der übertragenen Verrichtung stehen.

[1]) E. RG. Z. Bd. 60. S. 300.

[2]) So E. RG. Z. Bd. 73 S. 434; Oertmann Schuldrecht S. 1094, Bem. 2. b.; Komm. d. RG.-Räte Anm. 2 zu § 831.

[3]) S. E. RG. Z. Bd. 58. S. 334; Bd. 59. S. 198.

[4]) Vgl. E. RG. Z. Bd. 50. S. 65; J. W. 1903. Beil. 15. S. 132.

III. Teil.

Die Haftpflicht des Arztes als Leiter einer öffentlichen Anstalt.

§ 24.

Die Stellung des Arztes in der öffentlichen Anstalt.

Es ist nun noch die Haftpflicht des Arztes als Leiter von öffentlichen Krankenhäusern, Wohltätigkeitsanstalten, Stiftungen ꝛc. zu behandeln. Von diesen Anstalten sagt M. Rümelin:[1]) „Wer Wohltaten erweist, der kann auch die Bedingungen festsetzen, unter denen sie erwiesen werden sollen. Ergibt sich nun aus der Organisation und der Finanzlage, daß die unbedingte Haftung für das gesamte Personal nicht übernommen werden kann, so wird man das Vertragsangebot der Krankenanstalt entsprechend auslegen". Diese Ansicht Rümelins befriedigt m. E. durchaus nicht, weder die Finanz- noch die Organisationslage kann für die Haftung entscheidend sein, da sie im allgemeinen den meisten Kranken unbekannt ist. Durch die Aufnahme in das Krankenhaus ist ein Vertrag zustande gekommen; ein Vertrag ist aber eine Willens**einigung** zweier oder mehrerer Personen über zu regelnde Rechtsverhältnisse. Wie kann man aber von Einigung reden, wenn der einen Partei ein Teil des Vertrages, nämlich die schlechte Organisations- oder Vermögenslage und damit die beschränkte Haftpflicht, völlig unbekannt ist? Das ist unmöglich. Es ergibt sich also daraus, daß hinsichtlich der sog. Wohltätigkeitsanstalten keine Ausnahmen zu machen sind, und daß für sie die Vorschriften, die auch für den Arzt gelten, entsprechende Anwendung finden.[2])

Wenn sich ein Patient in ein Krankenhaus zwecks Heilung begeben hat, so ist damit zwischen ihm und dem Krankenhaus ein Vertrag geschlossen. Ist das Krankenhaus Eigentum eines Arztes, z. B. seine Privatklinik, so gilt das oben Ausgeführte; ist es dagegen eine Stiftung oder gehört es der Stadt, z. B. ein städtisches Krankenhaus oder dem Staat, z. B. eine Quarantäne, Universitätsklinik ꝛc., so kommt ein Vertrag zwischen einer juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts mit dem Patienten zustande.[3])

Da nun, wie schon oben ausgeführt, ein reiner Dienstvertrag vorliegt, hat die juristische Person ihre Leistungen so anzubieten, daß die Dienste auch ordnungsmäßig den Patienten zukommen. Wenn das nun durch Verschulden des Chefarztes eines städt. Krankenhauses nicht geschieht, ist die Vertragspflicht nicht erfüllt. Es ergibt sich dann die Frage, ob der Arzt oder die Stadt, als Eigentümerin des Krankenhauses, für die Handlungen des Arztes einstehen muß.

[1]) Rümelin Haftung usw. S. 49.

[2]) Anders gestaltet sich die Sache, wenn es sich nicht um zahlende Privatkranke, sondern um Personen handelt, die auf Grund öffentlich rechtlicher Fürsorge aufgenommen sind; darüber s. Ebermeyer S. 33.

[3]) Die Handlungsfähigkeit der jur. Person setze ich nach Gierkes Organtheorie mit der h. M. voraus. S. Regelsberger, § 82; Dernburg S. 188; Endemann S. 175; Crome S. 226; Staudinger S. 123; Kohler S. 329; E. RG. Z. Bd. 22. S. 263. Bd. 25. S. 357; Bd. 30. S. 244. und bes. Bd. 19. Nr. 67.

Zur Beantwortung dieser Frage ist auf die rechtliche Stellung des Arztes zum Krankenhaus näher einzugehen. Es ergibt sich die Frage: Ist der Arzt Organ oder Erfüllungsgehilfe des städtischen Krankenhauses oder der staatlichen Quarantäne? Ehe ich jedoch zur Behandlung dieser Frage komme, muß ich einen Punkt kurz erörtern, der zur Beantwortung obiger Frage unbedingt festgestellt werden muß, nämlich: Die Stellung des Organes zur juristischen Person.

Die juristischen Personen handeln durch ihre Organe.[1]) Diese treten der juristischen Person nicht wie z. B. ein Stellvertreter als selbständige Rechtssubjekte gegenüber, sondern sind gleichsam Glieder derselben.[2]) Jacubetzky[3]) hebt die eigentümliche Vertreterstellung des Vorstandes als Organ einer juristischen Person hervor, indem er sagt: „Der Vorstand einer Privat-Körperschaft ist nicht ein vom Gesetz gegebener Vertreter, wie der Vormund eines Kindes, sondern ein Stück ihres eigenen Organismus. Sie kommt mit den erforderlichen Vertretungsorganen zur Welt und ihr Organismus hat in sich die Reproduktionskraft, sich mit diesen Organen, wenn sie verloren gehen, wieder auszustatten." Ebenso steht es mit den Organen der öffentlich-rechtlichen Korporationen; denn es ist selbstverständlich, daß man bei der Schaffung des BGB. die Behandlung des Vorstandes sowohl des privaten als auch des öffentlichen Rechtes einheitlich gestalten wollte. So kommt es, daß alles, was die Organe tun und lassen, dem Tun oder Unterlassen der juristischen Person selbst gleichzuachten ist. Natürlich kann eine juristische Person außer seinem Organ noch einen Stellvertreter haben, z. B. der Prokurist einer Aktiengesellschaft, im Gegensatz zum Vorstand, der Organ ist.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch § 31 zu verstehen. Es fragt sich nun: Wer ist ein „anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" und damit Organ der juristischen Person im Sinne des § 31 BGB.?

Dazu führt das Reichsgericht[4]) u. a. aus: „Das rechtliche Merkmal, das diese Personen — nämlich die des § 31 — von den sonstigen Angestellten unterscheidet, für welche die Körperschaft nicht nach Maßgabe des § 31, sondern nur nach § 831 haftet, ist ihre Berufung zur Tätigkeit innerhalb des Geschäftsbereiches durch die Satzung der Körperschaft, bei dem Staat und bei anderen öffentlich rechtlichen Korporationen durch die ihre Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen."[5]) Dagegen verlangt das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung[6]) nicht mehr, daß die Satzungen oder die organisatorischen Vorschriften einen Vertreter vorher ausdrücklich vorgesehen haben müßten, sondern nach dieser Entscheidung soll vielmehr allein die Selbständigkeit seiner Stellung sowie die Wichtigkeit und der Umfang des ihm zugewiesenen Geschäftsbereiches maßgebend sein, wobei es genüge, daß die Berufung in Bestimmungen der Vereinssatzung oder der Verfassung der öffentlichen Körperschaft ihren Grund habe.

---

[1]) So Gierke S. 466, 472.
[2]) Vgl. auch E. RG. Z. 30. Bd. S. 244.
[3]) Jacubetzky § 44 S. 12.
[4]) E. RG. Z. Bd. 53. S. 279/80.
[5]) Aehnl. E. RG. Z. Bd. 55. S. 176; so auch Enneccerus I. 1. S. 253; Planck § 31 Anm. c; Staudinger § 31. Anm. 3.
[6]) E. RG. Z. Bd. 70. S. 119/20.

Daß dieses letztere Erfordernis nicht genügt und daß das Fehlen desselben zu recht merkwürdigen Ergebnissen führt, zeigt uns eine analoge Entscheidung eines Oberlandesgerichtes,[1]) die zu dem Ergebnis kam, daß ein bei dem Kaiser-Wilhelms-Kanal angestellter Lotse hauptsächlich aus dem Grunde Organ nach § 31 sei, weil ihm bei der Schiffsführung „in weitem Maße ein freier Spielraum für selbständige Entschließungen gelassen und auch eine mehr oder minder umfangreiche Tätigkeit auf einem größeren sachlichen oder örtlichen Geschäftsbetrieb zugewiesen sei." Hierdurch veranlaßt hat dann auch das Reichsgericht neuerdings[2]) das erste und für diese Frage grundlegende Urteil[3]) wieder aufgenommen, wonach es zur Rechtsstellung des verfassungsmäßig berufenen Vertreters zwei Voraussetzungen erfüllt wissen will:

1. eine verfassungsmäßige Berufung des Vertreters und damit Eintritt in eine organisatorisch geregelte Dienstaufgabe,

2. das Erfordernis, das dem Beamten die selbständige Vertretung von Rechten und Pflichten der Körperschaft zukommt, daß er also z. B. nicht Hilfsbeamter eines anderen ist.[4])

Hiernach hat einer durch Gesetz oder durch eine gleichwertige — bei einer Stadtgemeinde also statutarische — organisatorische Bestimmung vorgesehener Beamter als Vertreter im Sinne des § 31 zu gelten, vorausgesetzt natürlich, daß er nach der betreffenden Bestimmung überhaupt Vertretungsgewalt Dritten gegenüber haben soll.[5])

Nachdem nun der Begriff „verfassungsmäßig berufener Vertreter" im Sinne des § 31 festgelegt ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß der Chefarzt eines städtischen Krankenhauses, ein Kommunalarzt, der Chefarzt einer Quarantäne und andere Aerzte in ähnlicher Stellung solch verfassungsmäßig berufene Vertreter ihrer Körperschaft und nicht nur Erfüllungsgehilfen sind. Wir kommen nun zu der weiteren Frage: Wie weit haftet die juristische Person für ihr Organ und wie weit haftet das Organ selbst?

§ 25.

Die Haftpflicht des Arztes neben der öffentlichen Anstalt.

Im BGB. ist die Haftung für das Tun oder Unterlassen speziell der Organe der juristischen Person in den §§ 31, 89 und im Art. 77 E. G. z. BGB. geregelt, daneben ohne jede weitere Beschränkung auf irgend einen Kreis der haftenden Rechtssubjekte (Erfüllungsgehilfe) in den §§ 278 und 831, deren Tragweite schon oben eingehend geprüft ist.

§ 31, auf den § 89 verweist, bestimmt, daß die juristische Person für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.

[1]) J. W. 1902. S. 227.
[2]) E. RG. Z. Bd. 74. S. 256.
[3]) E. RG. Z. Bd. 53. S. 280.
[4]) So auch Sörgel 1911. S. 6; J. W. 1911. S. 85. I; Seuff. Arch. Bd. 66. Nr. 179; L. Z. 1911. S. 139; vgl. dazu „Recht" 1903. Nr. 151; J. W. 1903. S. 39; D. J. Z. 1903. S. 223.
[5]) Vgl. J. W. 1911. S. 939. I.

Im Gegensatz zu den §§ 278, 831 haben wir es im Falle des § 89 in Verbindung mit § 31 nur mit der Haftung der Organe zu tun. Darin ist zwar die Haftung aus § 31 enger begrenzt, weiter jedoch insofern, als § 31 kein Verschulden weder der Organe (§ 278) noch der juristischen Person selbst (§ 831) erfordert.

§ 31 setzt die Handlung bezw. das Unterlassen eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters voraus, die 1. in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangen, 2. zum Schadensersatz verpflichtend sein muß.

Bekanntlich kann eine Schadensersatzpflicht entweder auf Verletzung eines Vertrages oder aber auf unerlaubter Behandlung beruhen. In beiden Fällen kommen die Grundsätze der §§ 249—254 zur Anwendung. Wenn nun — wie auch das Reichsgericht [1]) richtig sagt — § 31 die juristische Person für die Handlung des Organes und damit für ihre eigene Handlung (Organtheorie) verpflichtet, so sehe ich nicht ein, wie die meines Wissens gesamte neuere Literatur [2]) und auch das Reichsgericht [3]) auf dem Standpunkt stehen kann, daß § 31 lediglich eine Erweiterung des § 278 sei, und daß daher die durch § 278 gedeckten Fälle unter § 31 subsumiert werden können. Der Grund für diese m. E. fehlerhafte Ansicht liegt wohl lediglich in dem übereinstimmenden Wortlaut im Gesetz: „Vertreter". Die Unrichtigkeit dieser Anschauung muß jedoch jedem klar werden, der die Organtheorie, die auch von der h. M. anerkannt wird, konsequent durchdenkt; danach ist alles, was die Organe tun, gleich einer Handlung der juristischen Person selbst. Es ist demnach also gänzlich ausgeschlossen, die Handlung eines Organes, also des alter ego, mit der eines fremden Menschen, des sog. Erfüllungsgehilfen, zu identifizieren. Der praktische Unterschied zwischen § 278 und § 31 ist der, daß § 278 ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters erfordert, während § 31 von dem Erfordernis eines Verschuldens absieht. Wenn auch in den meisten Fällen ein Verschulden des handelnden Vertreters vorliegt, so gibt es doch auch gesetzliche Bestimmungen — vgl. § 231 und § 904 —, die ohne Verschulden und ohne Widerrechtlichkeit (vgl. dazu § 831) eine Schadensersatzpflicht festsetzen. [4]) Auch bei dem § 831 ist die Haftung milder geregelt als im § 31; denn 1. würde eine Haftung im Falle des § 831 nur dann in Frage kommen, wenn der Vertreter widerrechtlich Schaden zugefügt hätte, 2. wäre es der juristischen Person in diesem Falle möglich, sich nach § 831. I. S. 2 zu exkulpieren. Beide Momente erfordern die §§ 89, 31 nicht; die juristische Person bleibt ersatzpflichtig, selbst wenn keine Widerrechtlichkeit vorliegt, und selbst wenn die juristische Person die größte Sorgfalt bei der Auswahl des Vertreters beobachtet hätte. So kommen wir auch hier zu dem Ergebnis, daß im Falle der Schadenszufügung gleich der § 31 zur Anwendung kommt, und daß nicht erst auf § 831 zurückgegangen zu werden braucht. Für § 831 gibt das auch die h. M. zu. Diese Entscheidung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, denn

[1]) E. RG. 3. Bd. 19. S. 67.

[2]) Vgl. Planck § 278. Nr. 2. a; Staudinger § 278. I. 2. a.

[3]) RG. im Preuß. Verw. Bl. Jahrg. 25. S. 528.

[4]) Vgl. Gareis § 31. Anm. 3; Jebens a. a. O. S. 4; v. Stengel a. a. O. S. 481, 483/84; Rehbein Bd. 1. S. 33. Der einzige neuere Schriftsteller, der derselben Ansicht zu sein scheint, ist Oertmann in seinem Schuldrecht § 278. Nr. 2. a. a.

den Motiven [1]) zufolge beruht diese Vorschrift ausschließlich auf Gründen der Zweckmäßigkeit. Wenn die Körperschaft auf der einen Seite durch ihre Organe die Möglichkeit gewinnt, im rechtlichen Verkehr handelnd aufzutreten, soll sie auf der anderen Seite auch die Nachteile tragen, die eine solche Vertretung mit sich bringt. Dazu kommt, daß dadurch, daß die juristische Person, der als einer wirtschaftlichen Kollektivperson viel größere Mittel als einer Einzelperson zur Verfügung stehen, nicht in der Lage sein soll, die Schuld von sich auf das wirtschaftlich viel schwächere Organ abzuwälzen, wodurch dem Beschädigten eine viel größere Sicherheit geboten ist.

Wir ersehen also, daß nach diesen Ausführungen für Organe beim Schadensersatzanspruch sowohl aus Verträgen, als auch aus deliktischen Handlungen nur § 89 verbunden mit § 31 in Frage kommt, wonach die juristische Person dem Patienten gegenüber haftet.

Hinsichtlich des schädigenden Arztes wird meistens anzunehmen sein, daß er zu dem Patienten, der z. B. gezwungen ist, eine Quarantäne aufzusuchen, in einem Vertragsverhältnis nicht steht. Er haftet also nicht aus Vertrag, sondern aus Delikt. Ist also z. B. eine Operation infolge Fahrlässigkeit des Arztes mißglückt, so ist dieser gemäß § 823. I. und II. schadensersatzpflichtig.

Ist nun das Krankenhaus wie z. B. eine staatliche Wohltätigkeitsanstalt eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, in dem der Arzt als Beamter, z. B. Kommunalarzt, fungiert, dann richtet sich seine Haftung nach § 839 BGB. Da, wie schon früher ausgeführt, Vorsatz beim Arzt fast nie angenommen werden kann, kommt meistens eine fahrlässige Außerachtlassung seiner dienstlichen Pflicht in Frage. In diesem Falle kann er gemäß § 839. I. S. 2 nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Patient auf andere Weise keinen Ersatz erlangen kann. Das wird jedoch fast nie der Fall sein, da neben dem Arzt stets die zahlungsfähige juristische Person des öffentlichen Rechts — Staat bezw. die Stadt — haftet. Liegt jedoch keine juristische Person des öffentlichen Rechts vor, sondern eine solche des privaten Rechts (z. B. Stiftung), so haftet das Krankenhaus dem Patienten aus Vertrag und Delikt und der Arzt außerdem aus Delikt. In diesem Falle treten die Vorschriften des § 840 BGB. in Kraft.

[1]) Mot. I. S. 102.